COORDENADORES
Eduardo Milléo Baracat
Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

Clássica Editora

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

Eduardo Milléo Baracat e
Viviane Coêlho de Séllos Knoerr
Coordenadores

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

2013 | São Paulo - SP

Clássica Editora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo: Desafios Jurídicos de Inovação e Desenvolvimento [recurso eletrônico]. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr e Eduardo Milléo Baracat [coord.] - São Paulo: Clássica, 2013.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-99651-65-0

1. Direito do Trabalho. 2. Direitos Fundamentais
3. Livros Eletrônicos

Nossos Contatos
São Paulo
Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www. editoraclassica.com.br
Redes Sociais
Facebook:
http://www.facebook.com/EditoraClassica
Twittter:
https://twitter.com/EditoraClassica

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Allessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayete Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão
Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Séllos
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgtroy
Produção Editorial: Editora Clássica
Assistentes de Produção Editorial: Andreia Nakonesny, Jaqueline Ryndack, Leonardo Sanches e Rosa Piovezan
Revisão: Lara Bósio
Capa: Editora Clássica

AUTORES E COORDENADORES:

Eduardo Milléo Baracat
Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba. Doutor pela UFPR/2002. Professor do Programa de Mestrado do UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba. Membro da Academia Paranaense de Direito do Trabalho. Líder do Grupo de Pesquisa "Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo", registrado no CNPq.

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr
Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP, Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Advogada. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Empresarial e Cidadania no Século XXI", registrado no CNPq.

AUTORES:

Ana Luísa Meurer Ramos
Advogada. Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC - Portugal).

Ana Beatriz Ramalho de Oliveira Ribeiro
Advogada. Professora da Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior Dom Bosco. Mestranda no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

Andrey da Silva Brugger
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica, *campus Verbum Divinum*, em Juiz de Fora – MG. Pesquisador do Centro de Direito Internacional – CEDIN. Advogado-apoiador da ONG Advogados Sem Fronteiras.

Antonio Baptista Gonçalves
Advogado. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Pós Doutorando em Ciência da Religião – PUC/SP. Pós Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito – PUC/SP. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Especialista em International Criminal Law: Terrorism´s New Wars and ICL´s Responses - Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali.

Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra. Pós Graduado em Direito Penal – Teoria dos delitos – Universidade de Salamanca. Pós Graduado em Direito Penal Econômico da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Denis Maronka Rossi
Graduando do Curso de Direito do UNICURITIBA. Integrante do Grupo de Pesquisa "Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo".

João Hilário Valentim
Doutor em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC-SP, Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela FD-USP; Procurador Regional do Trabalho; ex Professor Adjunto da FD–UERJ, do Departamento de Direito da UNESP-FRANCA, da UNESA-RJ; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior; autor do livro "*AIDS e relações de trabalho*".

Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira
Advogada. Mestranda em Direito. Especialista em Direito Penal. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito e Processo Tributário. Possui Extensão Universitária em Direito Italiano, pela Universitá Degli Studi di Camerino, Marche, Itália. Professora universitária.

Luiz Eduardo Gunther
Desembargador do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região. Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Instituto Histórico e Geográfico do Paraná, Centro de Letras do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho – ALJT.

Mara Darcanchy
Pós-Doutora em Direito (UniPg/IT); Mestre e Doutora em Direito do Trabalho (PUC/SP); Especialista em Didática do Ensino Superior e em Direito do Trabalho (USP).

Maria Aparecida de Borba Mendes
Advogada com ênfase em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Integrante do Grupo de Pesquisa "Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo".

Marlene T. Fuverki Suguimatsu
Desembargadora Federal do Trabalho no TRT 9ª Região. Doutora em Direito

Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Professora de Direito Material do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação do UNICURITIBA-Centro Universitário Curitiba e do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho da PUCPR; Diretora da Escola Judicial do TRT 9ª Região, biênio 2012-2013.

Natan Mateus Ferreira
Graduando em Direito no UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba. Membro do Grupo de Pesquisa "Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo".

Patrícia Garcia dos Santos
Doutoranda em Direito e Sociologia pela UFF.
Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Ibmec/RJ.

William Rodrigues Dantas
Graduando em Direito pelo Ibmec.
Membro do Grupo de Pesquisa "Segurança Pública, Território e Juventudes: diálogos entre o jovem policial e o jovem cidadão nas áreas pacificadas no Rio de Janeiro.

Apresentação

Tutela Jurídica do Trabalhador Soropositivo

O presente livro aborda um tema atual que recorta aspectos da ordenamento jurídico brasileiro: a proteção ao trabalhador/a vivendo com o vírus HIV/Aids (soropositivo). Assim, as questões que suscita referem-se aos direitos desses trabalhadores/as, as medidas protetivas que podem ser aplicadas, as formas em que a discriminação pode ser prevenida, as responsabilidades do empregador e a análise da demissão imotivada em face a essa situação, a aplicação da legislação referente aos casos e, principalmente, a normativa internacional e, julgados e interpretação normativa aplicável diante dessas questões.

O conteúdo do livro é vasto e instigante. Ele encontra-se dividido em duas partes. A primeira contém artigos que se referem aos princípios e proteção e a segunda aborda a perspectiva da discriminação e a tutela normativa. São doze artigos que convidam o leitor a uma abordagem sobre o tema que resgata elementos da dignidade da pessoa humana, da segurança no ambiente de trabalho, livre de preconceito e discriminação. Tudo isso recoloca o tema da igualdade e da equidade.

Partindo da abordagem proposta por T.H. Marshall (2002) e retomando a clássica história da evolução dos Direitos, o século XVIII pode ser compreendido como século em que aparecem os direitos individuais. Destaca-se a afirmação da liberdade e das garantias individuais frente ao Estado. O século XIX é marcado pela emergência das questões coletivas tendo o proletariado industrial como ator central. Assim, o resultado desse processo é a construção dos direitos políticos e, por fim, o século XX é marcado pela questão social, resultando na proteção da esfera social e criando os chamados sociais como forma de ampliar as garantias existentes no ordenamento jurídico ocidental e, principalmente, garantindo a proteção coletiva e formulando o direito à educação, saúde entre outros como inerentes e fundamentais à condição da dignidade humana.

Nesse percurso de três séculos, a ampliação do escopo jurídico da proteção alargou-se a tal modo de forma que somente a lógica individual do exercício do direito – eixo do debate no século XVIII – não foi suficiente para cumprir os princípios fundadores da Modernidade , ou seja, a liberdade

e a igualdade. Assim, as garantias políticas e sociais tornam-se profundamente necessárias para o cumprimento desses princípios o que explica e justifica a constitucionalização dos direitos políticos e sociais.

Entretanto, apesar desse alargamento, uma questão permanece desafiando a lógica da proteção ; o direito a ser único e singular na sua condição física, de origem, de sexo, de raça/cor, de orientação sexual, religiosa e moral. O tema da diversidade emerge no século XXI. Sob essa perspectiva ao escrever *A Era dos Direitos* (2004), Noberto Bobbio recupera o processo dos séculos anteriores para a elaboração do estatuto de direitos e acresce o que chama de *direitos de terceira e quarta geração.* Sob essa perspectiva afirma "novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los." (p. 28)

Sob essa perspectiva, um aspecto fundamental levantado por essa obra refere-se a proteção à diferença. Nesse contexto a condição de viver com HIV/Aids remonta o debate da diferença não para promover a discriminação, mas, para combatê-la. Reconhecer que o ambiente de trabalho é permeado por diferentes situações de vida, de trajetórias, de existência é o requisito fundamental para o exercício igualitário do direito ao trabalho, sem que essa condição seja impeditiva de acesso e reconhecimento. A isso, chama-se de *direito à diferença*, o qual remonta ao conceito de equidade , que é o reconhecimento da condição de cada para o exercício pleno dos direitos, criando medidas que sejam protetivas, mas capazes de garantir a fruição equânime dos aspectos consubstanciados no pacto político, denominado Constituição.

Essa é discussão fundamental que o livro levanta. Conforme um dos artigos, trata-se de *um direito a ter direitos*. Assim, a compreensão dos princípios e fundamentos que autorizam o direito dos trabalhadores vivendo com HIV/Aids a não serem dispensados imotivadamente quando a sua condição vem ao espaço público é uma importante discussão apresentada pelos autores. As análises voltam-se para compreensão de qual diferença a condição de soropositivo traz e, em que medida ações efetivadas no âmbito administrativo das empresas podem ser adotadas como programas de responsabilidade social, procurando criar um clima de mais respeito e reconhecimento no local de trabalho.

O outro eixo articulador do livro refere-se aos aspectos do processo judicial e a normatização que informa a interpretação do princípio de proteção ao trabalhador vivendo com vírus HIV/AIS. Aqui, o destaque refere-se não somente a posição dos Tribunais brasileiros, mas, principalmente, os instrumentos normativos internacionais, devidamente ratificados pelo Brasil e que tratam da questão. Trata-se da Convenção 111 ratificada pelo Decreto 62.150, 1968 e da Recomendação 200, aprovada pela 99ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, realizada em julho de 2010.

A Convenção 111 trata do tema discriminação em matéria de emprego e profissão. Trata-se de instrumento que estabelece para os Estados-membros uma série de medidas a serem adotadas como forma de inibir a discriminação no mercado de trabalho. Esse instrumento tem sido largamente utilizado no Brasil para ensejar programas de cooperação técnica que apóiam o governo, setores empresariais e organizações de trabalhadores na promoção de medidas pró-igualdade. A Recomendação 200 (Sobre HIV Aids e o Mundo do Trabalho) que traz uma série de medidas que podem ser adotadas no local de trabalho como forma de proteger mais e melhor os trabalhadores/as vivendo com HIV/ Aids. Deve-se destacar, também, que em 2001, a OIT produziu o Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV / Aids e o Mundo do Trabalho, cujo objetivo refere-se, também, as medidas importantes para proteção dos trabalhadores/as vivendo com HIV/Aids e traz uma série de sugestões a serem adotadas por governos, empresas e movimento sindical organizado.

O leitor deve observar que o debate é, como foi referido no inicio desta apresentação, vasto e instigante, pois além de trazer a compreensão inteligível dos princípios legais que norteiam a questão mostra a posição dos Tribunais na interpretação dos dispositivos legais existentes para questão. Nesse sentido, a leitura do livro é indispensável não só e para os estudiosos do temas mas volta-se para um público mais amplo, pois através dessa discussão desvenda-se a faceta das relações de trabalho que movem a construção de espaços laborais mais voltados para promoção de liberdades e garantias fundamentais.

Inaugura-se, a partir desses parâmetros, uma nova visão sobre o espaço de trabalho, esse agora medido pela possibilidade de mais democracia que vai se construindo a partir de medidas de reconhecimento da diferença e da diversidade. Boa leitura à todos e todas.

Ana Claudia Farranha
Professora Adjunta da Universidade de Brasilia – UnB
Doutora em Ciências Sociais pela
Universidade Estadual de Campinas
(UNICAMP)

Referências

MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Prefácio

Genuína honra tenho pela oportunidade de apresentar aos leitores, brasileiros e estrangeiros, este livro sobre os trabalhadores soropositivos e sua tutela na ordem jurídica brasileira e na normativa internacional. Diversos leitores, desde alunos a professores, de práticos até teóricos, de principiantes até especialistas no tema, encontrarão neste livro esclarecedores capítulos e diversos tratamentos a partir de amplas perspectivas por um leque de autores com experiências e conhecimentos aprofundados.

Há pouco mais de três décadas o mundo foi afligido pelo surto do HIV/AIDS e desde então se pode extrair os números apresentados pelos órgãos reguladores oficiais trinta e três até trinta e cinco novos casos cadastrados pelo Ministro de Saúde. Na década de 1980 mais de vinte milhões de pessoas morreram de doenças associadas com a AIDS. Em 2010, a UNAIDS e a Organização Mundial da Saúde estimaram que 33.4 milhões de pessoas vivem com HIV e que em 2008 mais 2,7 milhões de pessoas foram infectadas pelo vírus. Somente no Brasil, desde a década de oitenta, haviam 544,846 pessoas diagnosticadas com HIV e o registro de 217,091 mortes relacionadas com a AIDS, com cada ano. Hoje, aproximadamente 73.000 brasileiros vivem com o vírus HIV.

A medicina já demonstrou significativo progresso e desenvolvimento positivo em combater esta doença devastadora. Embora ainda falte uma cura completamente efetiva, ao longo dos anos recentes, a ciência da medicina descobriu e desenvolveu regimes de tratamento que conseguiram prolongar as vidas das vítimas de HIV e sustentar razoáveis níveis de saúde e qualidade de vida das pessoas soropositivas. O Brasil é bem conceituado no mundo inteiro pelas suas medidas preventivas e seus programas auxiliares. Claro que este sucesso não foi conquistado sem problemas. O custo do tratamento gera grandes encargos nos orçamentos governamentais, e o acesso aos medicamentos necessários para tratamentos requer lutas contra monopólios econômicos e regimes de propriedade intelectual respaldado pelos países mais poderosos do mundo. Mas estes esforços atingiram muito êxito e, hoje em dia, muitas pessoas infectadas pelo vírus do HIV conseguem viver e se adaptar à sociedade brasileira contemporânea.

No entanto, apesar dos avanços já realizados, ainda emergem sérios problemas que se apresentam como grandes desafios. A inserção dos trabalhadores

soropositivos no mercado de trabalho, que se configura tão necessária para sustentar a vida, quanto ao tratamento medicinal de ressalva-vida, ainda enfrenta dificuldades em sua efetivação. Em especial, um problema muito sério e de difícil resolução é a discriminação contra os trabalhadores soropositivos no emprego. Do significado deste problema surge a importância deste livro.

Este estudo oferece visões diversas e panorâmicas do problema dos trabalhadores soropositivos e relevantes normas jurídicas que podem resolvê-los. Do ponto de vista jurídico a ênfase é, evidentemente, no direito do trabalho e o papel de tutelar este ramo do direito através da ordem jurídica brasileira. Mas as perspectivas trazidas por esta obra são bem mais amplas do que apenas o direito do trabalho. Também recebem as considerações das vertentes do direito constitucional, direito penal, direito da personalidade, e, em especial, do direito internacional, especificadamente as normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Mas além da análise completa e minuciosa dos problemas do ponto de vista jurídico, os capítulos oferecem perspectivas adicionais usando métodos, conceitos, e entendimentos de outras áreas de pensamento. Os problemas são considerados como desafios éticos, com foco especial do tema da responsabilidade corporativa e da cidadania na corporação. As ciências sociais, sociologia, psicologia, e outras, também proporcionam os fundamentos de algumas análises profundas. Até mesmo a religião, como uma seara de cultura humana importantíssima, enfrenta e dá sabedoria sobre os problemas tão citados nas últimas páginas deste livro.

Considerando a formação e o indiscutível comprometimento social dos ilustres autores desta coletânea, não nos surpreende que os capítulos ofereçam tanta profundidade quanto aos temas propostos. Vindos de diversos postos e responsabilidades em vários países e locais, incluindo Itália, Espanha, e Portugal, além do Brasil. Advindos de várias universidades reconhecidas, eles são professores e estudantes, trazendo perspectivas teóricas e acadêmicas, como também advogados, procuradores, juízes, e desembargadores, dando esta obra um fundamento prático baseado no mundo das experiências concretas bem como na esfera universitária.

Agradecemos imensamente aos Professores Eduardo Milléo Baracat e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr pelos esforços em convocar esta coleta autoral tão elucidante. O Professor Baracat é Juiz na Justiça do Trabalho, professor do Direito do Trabalho no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, doutor de Universidade Federal de Paraná, membro da Academia Paranaense do Direito do Trabalho, e coordenador do Grupo de Pesquisa com foco nos trabalhadores soropositivos. Professor Baracat trabalha temas de interesse global, tratados pela OIT. A Professora Viviane é Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA - Centro Universitário

Curitiba, doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, e coordenadora do Grupo de Pesquisa em cidadania empresarial. Advogada, observadora da ética empresarial e seus novos destinos.

Este livro contribuirá de forma muito significativa e necessária para o alívio e melhoramento dos problemas urgentes dos trabalhadores soropositivos. Mas, além disso, as análises neste tomo adiantam profundamente nosso entendimento da ordem jurídica brasileira e as normas internacionais. Isso se dá porque os problemas específicos tratados com tanta perspicácia neste livro também funcionam como uma lente para ver o tema da proteção dos trabalhadores e o papel tutelar da ordem jurídica, no direito do Brasil e sob as normas internacionais.

É com imenso orgulho que apresento aos leitores este livro, com a convicção de que os senhores ganharão muito ao lê-lo pelas novas ideias e discernimentos valorosos que constam nestas páginas que seguem. Boa leitura!

AUGUSTUS BONNER COCHRAN, III
Adeline A. Loridans (Catedrático)
Professor de Ciência Política
Faculdade de Agnes Scott
Atlanta, Georgia, EUA
8 de maio de 2013

SUMÁRIO

PARTE I
PRINCÍPIOS E PROTEÇÃO

A PREMÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO PODER PATRONAL
ANA LUÍSA MEURER RAMOS 17

O DIREITO A TER DIREITO: A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR SOROPOSITIVO
ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES 31

A TUTELA DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV E O DEVER DE SOLIDARIEDADE NA ORDEM NORMATIVA BRASILEIRA: ALGUMAS NOTAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA DO EMPREGADO PELO PRISMA LABORAL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO
ANDREY DA SILVA BRUGGER 59

TUTELA PENAL DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO
LAÍS SANTANA DA ROCHA SALVETTI TEIXEIRA 74

RESPONSABILIDADE SOCIAL: ENTRE O PROPOSTO E O PONDERÁVEL
PATRÍCIA GARCIA DOS SANTOS E WILLIAM RODRIGUES DANTAS 89

AIDS E ÉTICA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: O DIREITO E A CIDADANIA EMPRESARIAL NA TUTELA DAS MINORIAS
VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR E MARA VIDIGAL DARCANCHY..... 97

HIV/AIDS E TRABALHO NO BRASIL
JOÃO HILÁRIO VALENTIM 110

PARTE II
DISCRIMINAÇÃO E TUTELA NORMATIVA

HIV E AIDS NO AMBIENTE LABORAL: VISIBILIDADE, DISCRIMINAÇÃO E TUTELA JURÍDICA DE DIREITOS HUMANOS
MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU 143

HIV E A AIDS: PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E ESTIGMA NO TRABALHO
LUIZ EDUARDO GUNTHER 176

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL
EDUARDO MILLÉO BARACAT E NATAN MATEUS FERREIRA 203

TRABALHADOR SOROPOSITIVO E PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA: A SÚMULA Nº 443 DO TST
LUIZ EDUARDO GUNTHER E EDUARDO MILLÉO BARACAT 223

HIV E AIDS E O MUNDO DO TRABALHO: APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO Nº 200 DA OIT NO BRASIL
ANA BEATRIZ RAMALHO DE OLIVEIRA RIBEIRO E EDUARDO MILLÉO BARACAT 246

AIDS, RELIGIÃO E DISCRIMINAÇÃO
EDUARDO MILLEO BARACAT, MARIA APARECIDA DE BORBA MENDES E DENIS MARONKA ROSSI 269

PARTE I
PRINCÍPIOS E PROTEÇÃO

A PREMÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO PODER PATRONAL

ANA LUÍSA MEURER RAMOS

SUMÁRIO: Resumo; introdução; 1- breve excursão histórica sobre a aids; 2- a função social do trabalho; 3- do poder patronal; 4- dos direitos da personalidade; 4.1- do direito a intimidade x direito a saúde pública; 4.2- da proibição da discriminação. Notas finais.

RESUMO: Surgida em meados do século XX, o vírus da HIV permanece no cenário atual sem sofrer desmistificações acerca da forma de contágio. Neste aspecto, os portadores dessa patologia sofrem inúmeras discriminações e são estigmatizados perante a sociedade. Destarte, o presente estudo, possui o afã de traçar a tutela jurídica do soropositivo na esfera trabalhista.

PALAVRAS- CHAVES: HIV – Discriminação – Proteção trabalhista.

ABSTRACT: Issue in mid-twentieth century, the HIV disease remains today without debuking about forms of contagion. In this aspect, the patients suffer discriminations and are stigmatizes in the society. Thus, this paper, will delineat about legal protection in labor about this HIV patients.

KEYWORDS: HIV - Discrimination – Labor protection.

Introdução

A acepção do termo trabalho nem sempre foi contemplada de forma digna e resguardada à luz da Constituição da República Brasileira[1]. Na transição de uma perspectiva penosa do homem que exerce o trabalho à verificação de sua essencialidade na sociedade, o trabalho foi evoluindo e nessa seara houve a necessidade de intervenção estatal para serem resguardados direitos inerentes à massa trabalhadora que ora foi esquecido e muitas vezes massacrados pela necessidade de produção[2].

Nesse viés, surgiu o Direito do trabalho com o intuito de regular as relações laborais e proteger a parte mais débil da relação, seja ela, o trabalhador. Assim, esse ramo protecionista sempre esteve a par das novas relações trabalhistas implementadas ao longo da história bem como acompanhou e se adequou as modificações impostas por um modelo capitalista, que tende a "esquecer" a massa produtora.

Nesta perspectiva, a Jurisprudência trabalhista vem tratando de regular a proteção dos trabalhadores soropositivo frente a liberdade patronal de despedimento sem justa causa. A fim de tentar proteger os trabalhadores portadores do HIV, os tribunais vêm tentando regulamentar uma matéria que há tempos esteve presente e em contrapartida nunca sequer foi regulamentada e desmistificada dentro da sociedade. Enraizada de lubridiações e preconceitos, a tutela jurídica do soropositivo se mostra necessária ao passo que a transposição do limiar da discriminação para o livre exercício do poder patronal se mostra acirrada.

1 Breve excursão histórica sobre a AIDS

Foi no século XX que o vírus da HIV[3] surgiu e permanece no cenário atual resistente a implantação de novas tecnologias e pesquisas na área biomédica,

[1] Neste aspecto, vide BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho.* 5 ed. LTR: São Paulo, 2009. Pp. 53-90.

[2] Mister se faz relembrar a era da revolução industrial em que com a descoberta da máquina e da super produção, os trabalhadores foram condenados a situações precárias e desumanas de trabalho em contrapartida a necessidade de lucro e crescimento emergente das grandes empresas.

[3] É o vírus da imunodeficiência humana (Human immunodeficiency) que causa a síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS; mais popularmente conhecida em Portugal como SIDA. Esse vírus surgiu com sintomas clínicos não próprios, ocultos por outras doenças infecciosas ocasionadas pela quebra do sistema imunológico.

mostrando-se incógnita frente a suas particularidades [4]. Para se firmar acerca da importância do tema, mister se faz revelar sua trajetória.

Intitulada como a doença dos quatro H[5], a propagação dessa patologia estava inicialmente ligada à sexualidade, drogas e ao sangue. Em meados de 1980 foi diagnosticada uma disfunção da imunidade celular que atingia quase que exclusivamente o grupo dos homossexuais. Nesse patamar, a agência epidemiológica federal centers for disease control (CDC) emitiu boletins médicos em que era verificado que a maioria dos casos observados afetava homossexuais residentes em Nova York, Califórnia e São Francisco. Era desconhecida a causa que atingia exclusivamente esse grupo de pessoas, e se tinha por antemão que esse vírus não era considerado transmissível o que facilitou a sua proliferação[6].

Buscava-se incessantemente a origem da doença e os grupos responsáveis pela sua transmissão. Primeiramente teve-se que o vírus nomeado como "doença dos gays" surgiu no Estado americano. Posteriormente, foram descobertos casos, em meados dos anos 70, de doentes não homossexuais infectados após estadia na África. No início de 1982, foi descoberto vários casos em que indivíduos residentes em Miami estavam infectados; porém, todos tinham uma particularidade: eram haitianos.

Nesse patamar, os haitianos foram declarados como "grupo de risco" e responsáveis por terem importado a doença para o Estado americano[7].

Frente ao grande número de pessoas atingidas e por fim a descoberta

[4] Curioso pensarmos que o avanço tecnológico permitiu a propagação da doença ao invés da sua extinção. Na presença de um mundo globalizado, a comunicação facilitada entre os países tornou viável a transmissão mundial do vírus e assim, torna-se difícil a manutenção de um controle.

[5] "Com uma estranha predileção pelo humor negro, os epidemiologistas americanos chamaram aos grupos particularmente expostos à Sida/HIV <<o clube dos quatro H>>: homossexuais, heroinómanos, haitianos e hemofílicos. Alguns punham em quarto lugar as hookers (putas), fazendo subir de facto para cinco o número dos H fatídicos. Para melhor sossegar o público, não eram incluídos neste <<clube de malditos>> dois grupos perfeitamente <<inocentes>>: os indivíduos que haviam recebido transfusões e os recém-nascidos infectados durante a vida intra-uterina." GRMEK, Mirko D. *História da Sida*. Relógio d'água: Lisboa, 1994. p. 68.

[6] Frente à existência de boletins que comprovavam e ao mesmo tempo disseminava perante a sociedade a proliferação da doença no grupo de homossexuais, estes se mostravam incrédulos ao emitirem que "o cranco gay seria uma invenção de médicos homofóbicos ou, no máximo, o efeito de um factor ambiental não contagioso e sem relação com o coito anal." GRMEK, Mirko D. Op. Cit. p. 34.

[7] "Os americanos acusavam pois os haitianos, especialmente os imigrantes ilegais, de importarem a nova peste de um país com condições higiénicas desastrosas para um outro limpo e bem policiado. Atitude esta conforme aos ensinamentos da epidemiologia tradicional, mas que no caso em questão se tornava um grave preconceito científico e moral." GRMEK, Mirko D. Op. Cit. p. 72.

de sua transmissibilidade[8] observou-se que a síndrome da imunodeficiência adquirida não restringia apenas aos homossexuais, mas também as relações heterossexuais. Verificou-se, além disso, que o sangue exercia grande importância na transmissão dessa infecção.

Em paralelo as especulações formadas quanto à origem da doença, o governo omitia quanto a verdadeira devastação causada pela doença – que posteriormente em razão de sua proporção foi nomeada por pandemia[9].

Na contextualização da história da AIDS, verificou-se primeiramente que a doença só ocorria a um determinado grupo - "os grupos de risco - os quatro H", o que levou a conceituação de uma doença discriminalizante, em que sé era verificada em grupos visualizados pela sociedade como marginais. Nessa especulação inicial, nada se sabia acerca da origem e da forma de transmissão da doença, o que resultou em grande alarde populacional.

E nessa seara de medo, do contágio com morte fulminante e de própria omissão do Estado quanto à proporção de pessoas atingidas, essa patologia resultou em segregação de grupos, em preconceito contra possíveis grupos responsáveis pela doença que viria a ser o mal do século.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO TRABALHO

Cerca de 90 % dos portadores do vírus HIV se enquadram na faixa etária economicamente produtiva, sendo que metade da população ativa possui entre 15 e 45 anos[10]. É nesse cenário que se evidencia a importância do local de trabalho[11] para os soropositivos. Primeiramente porque eles se constituem como de mão de obra ativa capaz[12], exercendo o local de trabalho elevação na auto-

[8] Com o intuito de marcar a rapidez da propagação da doença, GMEK informa que: "Os portadores de germe, que outrora viajam em diligências, passaram mais tarde a fazê-lo em navios de longo curso e em comboios, para, hoje em dia, utilizarem as estradas dos céus; uma doença infecciosa pode assim num só dia atravessar um continente, ou mesmo saltar de um continente a outro. GRMEK, Mirko D. Op. Cit. p. 53.

[9] "A aparição e as devastações da sida surpreenderam e aterrorizaram tanto os cientistas como o comum dos mortais; todos julgavam que a biotecnologia moderna os tinha posto a salvo de catástrofes deste gênero. Ora,a investigação histórica mostra que é precisamente aos progressos da tecnologia actual que devemos por um efeito perverso, a eclosão da pandemia da sida." GRMEK, Mirko D. Op. Cit. p. 8.

[10] VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho: *Homenagem aos Profs. Doutores A. F. Correia, O. Carvalho e V. L. Xavier.* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 790.

[11] O artigo 23 da Declaração universal dos direitos humanos e o artigo 5º , inciso XIII da Constituição Federal de 88 atestam que toda pessoa tem direito ao trabalho.

[12] Nesse sentido, VIEIRA reafirma a capacidade laboral dos soropositivos ao destacar que: "O

estima do soropositivo, sendo que, conjuntamente com outros trabalhadores, é viabilizado ao portador o convívio social e a possibilidade de se sentir útil. Além da importância social, é verificada a importância econômica obtida em razão do trabalho exercido pelo soropositivo. O salário é a fonte essencial de sobrevivência que os tidos "estigmatizados" possuem de se auto sustentarem e possibilita assim, a compra de medicamentos que irão prolongar a sua sobrevida.

Nessa seara de subordinação entre empregado e empregador, constata-se a transposição da importância intersubjetiva do trabalho para sua importância perante a comunidade, visto que, o trabalho representa um bem social.

De antemão ao exposto acima, vem a política empresarial ditar seus parâmetros de lucro e competitividade[13]. Assim, verifica-se uma recusa por parte dos empregadores de admitir ou manter no seu quadro de trabalhadores soropositivos por esses representarem uma possível diminuição da produção e estarem sujeitos a faltas justificadas em razão de tratamento médico. Além disso, é indiscutível a mistificação que essa doença causa na sociedade e no ambiente de trabalho. Ainda hoje, paira na sociedade dúvidas quantas as formas de transmissão, revelando o ambiente de trabalho aos olhos dos ignorantes como um facilitador de contágio.

Assim, o local de trabalho representa uma incursão na sociedade e uma difusão ideal para uma nova concepção acerca dessa doença.

desenvolvimento, nas últimas décadas, de drogas capazes de inibir a multiplicação do vírus HIV promoveu uma transformação profunda no seio da sociedade e nas relações jurídicas de um modo geral. A prescrição destes medicamentos fez aumentar a sobrevida dos portadores do vírus, possibilitando-lhes o exercício da vida em condições de normalidade. Com isto, os soropositivos podem se inserir no mercado de trabalho e desenvolver normalmente e sem restrições as atividades cotidianas. VIEIRA, Luiz Henrique; SILVA, Leda Maria Messias da. Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial in: << http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2012/1254 >>.

[13] Neste contexto ROUXINOL dita que: "..a SIDA representa elevados custos sociais, mas também elevados custos econômicos. Eis-nos, então, num ponto de cruzamento da exigência da solidariedade social com a da salvaguarda da regularidade empresarial. Atingindo, como se referiu, o segmento mais produtivo da mão de obra, o VIH/ SIDA reduz os lucros e aumenta as despesas das empresas, uma vez que afecta a produtividade, aumenta os custos do trabalho e conduz a uma progressiva perda de competência e de experiência. É, portanto, natural que o "local de trabalho (tenha) uma função a desempenhar na luta global contra a propagação e os efeitos da epidemia" e que a doença venha sendo encarada como um "problema de gestação da empresa". VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Op. Cit. p. 790.

3 DO PODER PATRONAL

No Brasil, o empregador possui a prerrogativa de forma unilateral para extinguir o contrato de trabalho. Nesses termos, diante do poder diretivo[14] do empregador e sua influência no cenário sócio econômico, mister se faz a análise e reflexão acerca da legalidade da liberalidade conferida pela legislação trabalhista ao empregador para realizar o despedimento sem justa causa frente à existência de uma certa "estabilidade" inerente aos portadores soropositivos de se conservarem no âmbito laboral.

4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Frente a existência da liberalidade empregatícia de despedimento à tutela jurídica do soropositivo, há de se verificar que o homem ainda que assuma a condição de trabalhador não perde a sua dimensão de pessoa, razão pela qual se mantém vivo todos os seus direitos pessoais na sua dimensão pessoal ou profissional[1516].

Assim, o trabalhador soropositivo não pode se ver limitado dos seus direitos inerentes em razão do seu estado de saúde.

Diante do princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 88, como atributo natural da pessoa humana, será analisado os direitos inerentes dos portadores soropositivos, como o direito a não violação de sua intimidade e a não discriminação, para que sejam tratados a pé de igualdade[17] com os demais trabalhadores.

---

[14] Na definição de poderes no contrato de trabalho vide DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 6 ed. São Paulo: LTR, 2007. Pp: 630-681.

[15] BARREIRA, Vera Patrícia Martins. O VIH/SIDA: *conseqüências sobre a execução do contrato de trabalho*. Dissertação de 2.º ciclo. Coimbra: 2009. p.6.

[16] Nesse aspecto vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: *introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil.* 21 ed. V. I. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006. Pp: 213-259.

[17] O princípio Constitucional da igualdade nos revela que diante da condição do soropositivo, este não deve ser tratado de forma desigual aos demais trabalhadores, devendo ser considerado como tal. Caso o soropositvo esteja na fase de desenvolvimento da doença, deverá ser tratado como qualquer um trabalhador doente. Na especificação do princípio da igualdade, Silva explicita que: " Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais, a Constituição veda distinções de qualquer natureza (art. 5º caput). As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discrime: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do art. 3º, IV, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 223.

4.1 DOS DIREITO A INTIMIDADE X DIREITO A SAÚDE PÚBLICA

Nesta dicotomia entre o direito do trabalhador ter o seu direito a intimidade[18] [19]reservado e a proteção social da saúde pública em face de se obter conhecimento sobre dados íntimos relativos à vida do indivíduo, resta saber até que ponto o empregador tem direito a acesso referente ao estado de saúde do empregado na vigência do contrato de trabalho.

Com avanço da medicina resta comprovado que o trabalhador soropositivo tem condições físicas de continuar a exercer o seu trabalho[20], e nesse aspecto, conforme estabelecido pela Organização Mundial de Saúde – OMS – as formas de contágio do VIH devem ser desmistificadas, ao passo que, o vírus transmite-se por via sexual, por contato com sangue e outros líquidos orgânicos e por via fetal. Juntamente com a OMS, a Organização Internacional do Trabalho, expresso na declaração consensual sobre a AIDS no local de trabalho de 1988, revela que o trabalho não proporciona riscos na aquisição ou transmissão do vírus entre os trabalhadores.

Dessa forma, mostra descabida a intromissão na esfera privada do trabalhador ou do candidato ao cargo ter a violação da sua esfera íntima ao argumento de proteção a saúde de terceiros, visto que, as formas de contágio se mostram de formas particulares[21].

Na linha de estigmatização sobre os portadores do vírus, o acesso e a

---

[18] Artigo 5.º, inciso X da Constituição Federal de 88 – " São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou dano moral decorrente de sua violação."

[19] Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, artigo XII : "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação

[20] Neste aspecto salienta VIEIRA: " De fato, a AIDS, principalmente em seu estado assintomático em nada atrapalha o desenvolvimento da prestação laborativa e tampouco coloca em risco a saúde ou a vida de outros empregados, não interessando a ninguém a revelação da condição de soropositivo do empregado ou candidato ao emprego, que deve ter o direito a decidir a quem e quando revelar a sua doença". Op. Cit. p. 129.

[21] A Portaria Interministerial nº 869/92, dos Ministérios da Saúde e da Educação, proíbe, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste de detecção do vírus HIV em exames pré-admissionais e em exames periódicos de saúde; e afirma que a sorologia positiva para o vírus HIV não acarreta prejuízo da capacidade laborativa de seu portador, e que o convívio social e profissional com os portadores do vírus não configuram
situações de risco de contágio, que pode ser evitado por meio da correta informação e dos procedimentos preventivos pertinentes. SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *A AIDS e o direito fundamental ao trabalho*. Artigo apresentado à professora Maria Helena Diniz. São Paulo: PUC/SP, 2002. p. 10. in: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB1CBFBB0-C878-4719-837A-ACCAB8A66C76%7D_016.pdf>.

possível divulgação[22] da sua patologia resultaria em indiscutíveis abalos psíquicos e morais no campo do trabalho e perante a sociedade. É certo que, na reclusa[23] sobre o desvendamento da doença por parte do portador, este quer evitar o seu desvinculo social e o afastamento social ocasionado por medidas discriminatórias que ocorre muitas vezes de forma velada. Neste aspecto, a doutrina portuguesa defende o "direito à mentira", em que não havendo o perigo de contágio no meio laboral e assim, a não afetação da saúde pública e o perigo de transmissão perante terceiros, o trabalhador vislumbraria a opção de se omitir acerca do seu real estado de saúde frente a questionamentos realizados pela entidade empregadora. É certo, que este direito viabilizaria uma proteção da parte mais débil – o trabalhador – de manutenção no seio laboral e até de obtenção de emprego, uma vez que o conhecimento da parte empregadora da soropositividade afasta impreterivelmente suas chances de obtenção e manutenção no emprego perante as práticas discriminatórias, como veremos adiante.

[22] Impende destacar que em certas profissões há casos de perigo de contágio, que legitimam a intromissão na esfera da vida privada, como por exemplo, trabalhadores na área da saúde, em que havendo a dicotomia entre o direito a intimidade e o direito a preservação da saúde afim de evitar a contaminação de terceiros, deverá prevalecer este último. Mister se faz revelar que no caso de conhecimento médico acerca da doença do trabalhador, o médico deve se abster de informar ser o trabalhador portador ou não do vírus HIV, em razão da sua ética médica no sigilo profissional – Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1997/2012 com base no artigo 11 do Código Civil de 2002. Neste aspecto, quanto ao dever de sigilo do médico, impende destacar o caso do cozinheiro português que suscitou grande discussão na jurisprudência portuguesa. Em 2004, um cozinheiro que prestava serviço para a empresa "Sociedade Hoteleira de Sete Rios S.A" afastou-se temporariamente do serviço. Ao regressar, realizou exames médicos no âmbito da medicina do trabalho e posteriormente foi considerado que seu contrato de trabalho estava extinto por caducidade superveniente e absoluta. O cozinheiro ingressou com uma ação perante o Tribunal da Relação de Lisboa e este declarou a ação improcedente. Esse caso suscitou grande discussão por se valer das questões acerca da necessidade de intromissão na esfera da vida privada e quebra do sigilo profissional, sendo que o Tribunal não se pronunciou a respeito.

[23] No direito a reserva a intimidade, VICENTE afirma que: " A veiculação de informação e a difusão de uma mensagem antidiscriminatória não devem, a nosso ver, secundarizar o plano de tutela da reserva da vida privada do trabalhador ou candidato a emprego. A incipiência do percurso rumo à aceitação da (irrelevância da) diferença ainda permite que afirmemos que esta se tolera melhor se se desconhecer. Em suma, pela nossa parte, concluímos que as duas perspectivas do problema não se anulam: se é certo que uma correcta acção de formação e informação sobre o VIH/ SIDA desdramatiza o conflito e potencia uma maior aceitação da doença no interior das empresas, nem por isso o acesso a uma informação como esta deve descurar as especiais exigências de tutela da intimidade." VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Op. Cit. p.793/794.

4.2 DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO

No surgimento e eclosão do vírus da AIDS, sempre esteve presente na sociedade condutas discriminatórias[24][25] que resultam em segregação de grupos e mistificação como as formas de contágio. Esse cenário de condutas discriminatórias[26] se revela também na área laboral entre os demais trabalhadores e na esfera de subordinação entre empregador e empregado. No momento de conhecimento da parte empregadora da condição do empregado e um eventual despedimento, restam dúvidas acerca da legalidade do despedimento e a presunção deste despedimento ter ocorrido em virtude de uma conduta discriminatória. Senão vejamos.

Impende primeiramente destacar que o ordenamento jurídico não contempla formas de estabilidade no caso de dispensa sem justa causa do portador soropositivo. Inobstante a ausência de preceitos que tutele maior proteção jurídica aos soropositivos, a legislação trabalhista vem sanar essa lacuna legislativa. Dessa forma, por meio da analogia, vem se aplicando o estatuído na lei 9.029/95[27], que

[24] Afim de esclarecer acerca do que consiste a conduta discriminatória, VICENTE explica que " A discriminação é todo comportamento que, assentando em preconceitos infundados associados a marcas distintivas de certas categorias subjetivas – "características físicas ou quase físicas alheias à vontade", como o sexo, a etnia, ou o estado de soropositividade, bem como "opções básicas de cada um", designadamente convicções políticas ou religiosas – tem por objectivo ou por efeito afectar de forma menos favorável os membros daquelas categorias diferenciadas. VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Op. Cit. p. 832. Acerca das condutas discriminatórias, vide DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTR, 2007. Pp. 774-808.

[25] A Covenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT no seu artigo 1º conceitua condutas discriminatórias ao estabelecer que toda distinção, exclusão ou preferência, com base na raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão são tidas como condutas discriminatórias. A Constituição Federal de 88 também assegura a vedação de condutas discriminatórias no seu art. 5º, assegurando assim punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

[26] Nas palavras do Dr. Leal Amado: "Importa vincar o real significado do princípio da igualdade e da proibição de discriminação. Nas certeiras palavras de JORGE LEITE, com o princípio da igualdade pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respectiva diferença. Já, porém, com o princípio da não discriminação o que se pretende é que se trate de modo igaul o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tido em conta." AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011. p.230-231.

[27] A lei 9.029 publicada em 13 de abril de 1995 veda condutas discriminatórias, porém, não faz alusão expressa a condutas discriminatórias em relação aos portadores de HIV no ambiente de trabalho. Dessa forma, busca-se assim de tudo a vontade do legislador que consiste em vedar "qualquer conduta discrimiantória".

veda despedida discriminatória na relação de emprego.

Diante dos princípios basilares da Constituição de não discriminação e de igualdade entre os cidadãos que comportem o mesmo pé de igualdade, a jurisprudência vem fundamentando suas decisões diante da verificação da necessidade de proteção do soropositivo frente a uma inexistência específica de proteção. Nestes termos, quando o empregador tem conhecimento que o empregado está cometido pela patologia do vírus HIV, sua demissão deverá ser a priori considerada arbitrária e discriminatória, devendo assim, caber ao empregador o ônus de comprovar o contrário. Na presunção de dispensa discriminatória é devida ao empregador à reintegração ao emprego, em conformidade com a Súmula nº 443 do TST[28].

Impende demonstrar desta forma, as decisões ora prolatadas pelos Tribunais:

> RECURSO DE EMBARGOS. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDADISCRIMINATÓRIA.PRESUNÇÃO.REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃOCOMPENSATÓRIA. A jurisprudência desta Corte Superior entende por presumidamente discriminatória a despedida do empregado sempre que o empregador tem ciência de que o trabalhador é portador do HIV, e não comprova que o ato foi motivado por outra causa. Aplicação e interpretação dos arts. 3º, inciso IV, 5º, inciso XLI, e 7º, inciso I, da Constituição Federal, da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, dos arts. 1º e 4º da Lei nº 9.029/95 e arts. 8º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos não conhecidos. (Processo: E-ED-RR - 2438/2001-069-09-00.3
> Data de Julgamento: 06/11/2008, Relator Ministro: Vantuil
> Abdala, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais,
> Data de Publicação: DJ 14/11/2008)

> [...] Não é demais ressaltar que o empregador é responsável pelos atos praticados pelos seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir (CC, art. 932, III). Em que pese inexistir em nosso ordenamento jurídico normativo legal que impeça a dispensa do portador do ví-rus HIV, comungo do entendimento esposado pelo eminente Ministro João Oreste Dalazen, mencionado pelo autor em sua peça de ingresso, no sentido de que 'o repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3 º, IV, CF/88) e o

[28] Súmula n.º443 do TST: " Presume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus do HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado democrático de direito (art. 1 º, III, também da CF/88) sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. Invocam-se, também, como razões de decidir, e por analogia, os termos da Lei n º 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, e que assegura, nos casos por ela mencionados, a readmissão do empregado discriminado, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas [...]' (00395-2006-007-10-00-4 RO, PUBLICADO NO DEJT EM 15/01/2010).

PORTADOR DE VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO
- CONVENÇÃO OIT 159 - READAPTAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAIS. 1. A proteção contra discriminação cobra do intérprete exegese pró-ativa que efetivamente implique o operador do direito na viabilização concreta do bem jurídico perseguido. Na hipótese do portador do vírus HIV, a tutela contra discriminação desse trabalhador, tanto no âmbito da empresa, como no do estabelecimento, pode ser alcançada a partir da presunção da existência de dispensa discriminatória, quando não exista motivação de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, para a despedida, salvo robusta prova em contrário. Inteligência dos artigos 1º. e 4º. inciso I, da Lei nº 9.029/95. 2. A discriminação velada, inconsciente e até involuntária um fenômeno que deve ser combatido, mas uma realidade que não pode ser simplesmente ignorada pelo Judiciário. A releitura do instituto da readaptação profissional, principalmente à luz da perspectiva aberta pelo artigo 1º. da Convenção OIT 159, uma das formas de ponderação dos bens jurídicos postos em confrontação, na difícil e delicada questão que envolve a integração do portador de vírus HIV na vida social da empresa (TRT 3ª R 3T RO/9067/02 Rel. Juiz Jos Eduardo de Resende Chaves Júnior DJMG 05/10/2002 P.06)

Notas finais

Nas sábias palavras Noberto Bobbio "o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los[29]." Dessa forma, não restam dúvidas quanto a necessidade da legislação trabalhista pôr fim as ditas discriminações veladas e zelar pelos direitos dessa parte empregatícia que se mostra estigmatizada aos olhos da sociedade.

As ditas práticas discriminatórias não se restringem a parte que sofreu o ato, mas afeta a toda a sociedade em si, que marginaliza e se abstém do verdadeiro conhecimento acerca desta doença que é tida como o mal dos séculos. Não se mostra diferente no campo laboral, onde é rotineiro o contato com os demais trabalhadores e com o empregador onde a partir da sua esfera de subordinação pode manifestar a sua conduta discriminatória através da dispensa do trabalhador.

Nesse cenário verifica-se a importância do seio laboral na busca da desmistificação dessa patologia levando aos demais trabalhadores a conscientização da necessidade de inclusão dos portadores no campo de trabalho. É de se lembrar que o trabalho, além de traduzir significativa inclusão social, representa fonte de sustento do trabalhador, o qual não deve ser abdicado.

Dessa forma, a jurisprudência ciente do desamparo social e histórico de dor que convive os portadores de HIV, assumiu o viés de proteção a essa classe débil que luta por um espaço não discriminatório perante a sociedade.

[29] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

Referências

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

AMADO, João Leal. VIH/ SIDA e proibição de discriminação dos trabalhadores: *entre a tensão para a transparência e o direito a opacidade.* Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

BARREIRA, Vera Patrícia Martins. O VIH/SIDA: *conseqüências sobre a execução do contrato de trabalho*. Dissertação de 2.º ciclo. Coimbra: 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho.* 5 ed. LTR: São Paulo, 2009.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.
DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 6 ed. São Paulo: LTR, 2007.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRMEK, Mirko D. *História da Sida*. Relógio d'água: Lisboa, 1994.

PEREIRA, André Dias. Lex Medicinae: *Revista Portuguesa de Direito a saúde*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

PEREIRA Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: *introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil.* 21 ed. V. I. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *A AIDS e o direito fundamental ao trabalho*. Artigo apresentado à professora Maria Helena Diniz. São Paulo: PUC/SP, 2002. p. 10. in: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB1CBFBB0-C878-4719-837A-ACCAB8A66C76%7D_016.pdf>.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho: *Homenagem aos Profs. Doutores A. F. Correia, O. Carvalho e V. L. Xavier*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra editora, 2007.

VIEIRA, Luiz Henrique; SILVA, Leda Maria Messias da. Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial in: << http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2012/1254 >>.

O DIREITO A TER DIREITO: A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES

SUMÁRIO – 1. Introdução – 2. O soropositivo – 2.1. As formas de contágio ou transmissão da doença – 3. A discriminação do soropositivo no ambiente de trabalho – 4. A defesa da dignidade da pessoa humana – 5. A constituição e a proteção ao soropositivo – 5.1. Igualdade – 5.2. Liberdade – 6. O direito a ter direito – 7. Os instrumentos protetivos – 7.1. A discriminação no ambiente de trabalho – conclusão.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito combate a discriminação sexual e o legislador não se quedou inerte ao longo dos anos sobre o assunto, porém, o problema reside na causa e não na consequência, isto é, a solução perpassa não pela efetivação dos direitos dos soropositivos, mas sim, pela garantia de que um soropositivo possa ter direito a exercer o seu direito de expor a doença como base nos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade em uma sociedade que se diz aberta e plural.

A tutela jurídica dos soropositivos nas relações de trabalho, em especial no campo das discriminações será tratado de forma ampla a fim de proteger aquele que injustamente é demitido por um empregador preconceituoso, um funcionário que não respeita o ambiente de trabalho e demais casos para assegurar um ambiente saudável e a harmonia nas relações de trabalho, inclusive com a reintegração em caso de demissão discriminatória como determina a Lei n°. 9.029/95.

ABSTRACT: The democratic rule of law against sex discrimination and the legislature did not inert tipped over the years on the subject, but the problem is not the cause and consequence, that is, not the solution passes through the realization of the rights of seropositives, but yes, by ensuring that a seropositive may be entitled to exercise their right to expose your own sickness based on the constitutional principles of equality and freedom in a society that says open and plural.

A tutela jurídica dos soropositivos nas relações de trabalho, em especial no campo das discriminações é tratado de forma ampla a fim de proteger aquele que injustamente é demitido por um empregador preconceituoso, um funcionário que não respeita o ambiente de trabalho e demais casos para assegurar um ambiente saudável e a harmonia nas relações de trabalho, inclusive com a reintegração em caso de demissão discriminatória como determina a Lei n°. 9.029/95.

PALAVRAS CHAVE: Soropositivo; Proteção constitucional; discriminação.

KEY WORDS: Seropositive; Constitution protection; discrimination.

1 Introdução

Quando se trata do tema tutela jurídica do trabalhador soropositivo a tratativa esperada tende a ser sob o enfoque trabalhista da questão. Em nosso caso preferimos ir por outro caminho, sem negligenciar, evidentemente, o enlace com a seara trabalhista. Contudo, daremos um olhar mais bem centrado em outro cenário jurídico: o constitucional para, ai sim, ofertar uma complementação do Direito do Trabalho.

É inegável que uma pessoa soropositiva necessita de cuidados especiais que uma pessoa sem a enfermidade dispensa. E tal zelo se reflete no ambiente de trabalho. No entanto, além do respeito, da atenção que o trabalhador naturalmente merece, também deve ser levada em conta a defesa da dignidade da pessoa humana, da defesa da não discriminação e, fundamentalmente, do respeito ao direito da pessoa ter o seu direito, como aprofundaremos um pouco mais adiante esse tema em particular.

No entanto iniciemos a tratativa do tema pela questão mais central: o soropositivo.

2 O soropositivo

Quando uma pessoa é soropositiva[30] para o HIV[31]/AIDS[32] não significa

[30] O fato de a pessoa ser soropositiva não significa que terá sua morte por conta da AIDS e, inclusive existem casos de pacientes que não manifestaram problemas no sistema imunológico e convivem normalmente com a enfermidade. O problema e o zelo é não transmitir a doença a terceiros, em especial, via relações sexuais, pois, poderá haver a manifestação do HIV e até da AIDS.

[31] HIV é a sigla em inglês do vírus da imunodeficiência humana. Causador da AIDS, ataca o sistema imunológico, responsável por defender o organismo de doenças. As células mais atingidas são os linfócitos T CD4+. E é alterando o DNA dessa célula que o HIV faz cópias de si mesmo. Depois de se multiplicar, rompe os linfócitos em busca de outros para continuar a infecção.
Ter o HIV não é a mesma coisa que ter a AIDS. Há muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença. Mas, podem transmitir o vírus a outros pelas relações sexuais desprotegidas, pelo compartilhamento seringas contaminadas ou de mãe para filho durante a gravidez e a amamentação. Por isso, é sempre importante fazer o teste e se proteger em todas as situações. Fonte: http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv. Acesso em 10 de novembro de 2012.

[32] Descrita pela primeira vez nos EUA em 1981, a AIDS é provocada por um retrovírus hoje denominado HIV (Human Immuno-deficiency Cirus), responsável pela infecção primária, embora se acredite que outros elementos ainda não identificados desempenhem papel importante no desenvolvimento da síndrome. O quadro de deficiência imunológica (desaparecimento das reações imunitárias do organismo) é consequência da destruição, pelo vírus, de células de defesa denominadas linfócitos T4. Com a destruição dessas células, o reconhecimento de antígenos é prejudicado, cessa a produção de anticorpos pelos linfócitos da série B, e outros linfócitos que dependem da presença dos T4 permanecem desativados. A doença manifesta-se principalmente

que sua qualidade de vida irá ser radicalmente alterada, uma vez que dependerá muito da manifestação do vírus.

Com o avanço da medicina, hoje, o controle da doença é muito maior e existem casos de longevidade, mesmo sendo portadores de HIV[33], como o ex-jogador de basquete norte americano Earvin "Magic" Johnson que se declarou portador do vírus em princípio da década de noventa e segue tendo uma vida sem grandes restrições.

Não é escopo desta obra adentrar nos tipos de tratamento e controle da doença. No entanto, é importante ressaltar as formas de contágio, pois, para uma pessoa leiga ou preconceituosa a doença está ligada ao homossexualismo[34] o que não é nem de longe a única hipótese de contágio ou aquisição.

2.2 As formas de contágio ou transmissão da doença

As formas de transmissão da doença são: através de relações sexuais, compartilhamento de seringas comuns entre usuários de drogas injetáveis, pessoas que dependem de transfusão de sangue para sobreviver e hemofílicos.

E se engana aquele que pensa que somente homossexuais e bissexuais são os responsáveis pela disseminação da doença, pois segundo dados estatísticos as mulheres representam quase metade das 40,3 milhões de

por tumefações ganglionares, infecções viscerais provocadas por germes oportunistas (que se aproveitam da debilidade orgânica) e lesões cancerosas raras (sarcoma de Kaposi, linfoma cerebral). A pneumonia provocada pelo *Pneumocystis carinii* é a infecção oportunista mais comum, detectada em 57% dos casos. A toxoplasmose, a criptococose e as afecções provocadas por citomegalovírus são outras infecções frequentemente encontradas nos indivíduos imunodeprimidos. **Grande Enciclopédia Larousse Cultural**. São Paulo: Nova Cultural, 1998, p. 131.

[33] SIDA ou AIDS é a síndrome da imunodeficiência adquirida, pela qual o sistema imunológico do seu portador não consegue proteger seu corpo, facilitando o desenvolvimento de inúmeras moléstias, sendo causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV). DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006, p. 225.

[34] A transmissão do vírus ocorre pela troca de fluidos corporais, com o posterior ingresso na corrente sanguínea. De início, a AIDS foi associada diretamente ao homossexualismo masculino e aos usuários de drogas injetáveis, os quais eram enquadrados em estigmatizados grupos de risco. Essa associação inicial talvez seja, ainda hoje, a principal responsável pela discriminação sofrida pelos soropositivos: O percurso dessa doença causava certo estranhamento. Primeiro, afirmaram que só afetava homossexuais masculinos. (...) As primeiras veiculações na imprensa davam conta da existência de uma "peste gay", reduzindo a incidência da doença aos grupos formados por homossexuais (também aos usuários de drogas injetáveis, mas em uma escala menor) e acentuando o preconceito até então reinante. VIEIRA, Luiz Henrique; SILVA, Leda Maria Messias da. **Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 115-144, jan./jun. 2011, p. 119 e 120.

pessoas vivendo com HIV ou AIDS no mundo[35].

Sobre o tema Patrícia Emilia BragaI; Maria Regina Alves Cardoso; Aluisio Cotrim Segurado:

> Acredita-se que devido à complexa interação de fatores biológicos, socioeconômicos e culturais a epidemia da AIDS vem se difundindo com maior velocidade entre as mulheres, sendo esta tendência observada de modo mais destacado nos países em que a transmissão heterossexual é predominante 2,3.
> Em nenhum outro país a feminização da epidemia deu-se de forma tão marcante quanto no Brasil 4, com redução da razão homem/mulher entre os casos notificados de AIDS de 18:1 em 1983 para 1,8:1 a partir do ano 2000 5. Essa mudança significativa no perfil epidemiológico da doença impôs enormes desafios para o cuidado de pessoas vivendo com HIV. Apesar de estruturados levando inicialmente em conta uma clientela predominantemente masculina, os serviços passaram ao longo do tempo a conviver com novas e crescentes demandas relacionadas ao cuidado de mulheres vivendo com HIV[36].

Logo, as mulheres são infectadas por seus parceiros, que podem ser eventuais ou de longa data. Todavia, o que impressiona é a elevada participação na estatística, o que sugere que as relações heterossexuais são responsáveis por boa parte da transmissão da doença devido ao não uso de preservativos.

---

[35] Até 2004, estimava-se que mais de 38 milhões de pessoas viviam com o HIV em todo o mundo, a maioria delas entre 15 e 49 anos, e que, do início da epidemia até 2005, 28 milhões de trabalhadores em todo o mundo tenham perdido suas vidas em consequência da AIDS. Segundo projeções da OIT, o número total de pessoas com idade para trabalhar falecidas por causa do HIV/AIDS alcançará 48 milhões em 2010 e 74 milhões em 2015, se não tiverem acesso a tratamento adequado. Ainda segundo a OIT, 2 milhões de integrantes da força de trabalho mundial ficarão impossibilitados de trabalhar por causa do HIV/AIDS, número que até 2015 ultrapassará com folga os 4 milhões.
No Brasil, até junho de 2010, haviam sido registrados 592.914 casos de AIDS desde 1980, sendo que a taxa de incidência oscila em torno de 20 casos por 100 mil habitantes. Apenas em 2009 foram notificados 38.538 casos da doença. Outro dado relevante, é que ainda a faixa etária em que a AIDS é mais incidente, em ambos os sexos, é a de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado de trabalho. Fonte: http://unicuritiba.edu.br/sites/default/files/page/2011/09/2011_baracat_-_controle_do_empregado_pelo_empregador.pdf. Acesso em 16 de novembro de 2012.

[36] BRAGAL, Patrícia Emilia; CARDOSO, Maria Regina Alves; SEGURADO, Aluisio Cotrim Segurado. **Diferenças de gênero ao acolhimento de pessoas vivendo com HIV em serviço universitário de referência de São Paulo, Brasil**. Rio de Janeiro: Caderno Saúde Pública, vol. 23 n.11, nov. 2007.

No entanto, ainda existe uma série de crendices populares que associam a transmissão da doença ao mero contato físico, a um beijo, ao perigo em se estar perto de uma pessoa soropositiva em locais de suor intenso como sauna e atividades esportivas e uma série de bobagens que apenas fomentam algo muito mais danoso: a discriminação.

3 A DISCRIMINAÇÃO DO SOROPOSITIVO NO AMBIENTE DE TRABALHO

A discriminação no ambiente de trabalho, infelizmente é muito comum[37]. Seja contra a mulher, contra um homossexual ou contra um portador de enfermidade, ou até mesmo um portador de doença que pode ou não se manifestar como um soropositivo.

O ambiente de trabalho é local de elevadas controvérsias no mundo moderno. Dentre os problemas temos as disputas em relações de poder entre homens e mulheres. O homem e sua condição de macho alfa não aceitou bem a migração da mulher de dentro do lar para dentro do escritório. E menos ainda quando elas começaram a ocupar os postos de comando.

Agora, ainda munidos do machismo e da virilidade além das mulheres os homens ainda viram em seu universo viril o dividir de espaço com gays, lésbicas e bissexuais.

Como consequência não é difícil o externar de um preconceito ou, até mesmo, o exercício de uma discriminação. Porém, ao menos no Brasil, a discriminação nas relações de trabalho tem sido relativamente coibida através da Lei n°. 9.029/95[38].

---

[37] Apesar das vedações constantes na Constituição Federal: Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:; Art. 5°, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.
Na mesma esteira temos a previsão normativa da Organização Internacional do Trabalho – OIT, através da Convenção de nº 111, em seu artigo 1º, que procurou conceituar a discriminação nas relações laborais, ao aduzir: Discriminação é a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão.

[38] Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

É bem verdade que a lei enfatiza mais a questão da discriminação de mulher grávida, porém, por analogia é possível se aplicar a norma para casos de discriminação por orientação sexual no local de trabalho de acordo com o artigo 1° da própria Lei.

No entanto ainda não é incomum a discriminação nas relações de trabalho em decorrência da homofobia por conta da orientação sexual. E devido à ignorância e, principalmente ao desconhecimento popular associar a homofobia em decorrência da orientação sexual com o soropositivo, pois como dissemos, a maior incidência dos casos é decorrente de relações heterossexuais.

E nesse diapasão o soropositivo pode ser vítima da discriminação de seu superior sem motivos aparentes, apenas e tão somente por ser portador de uma enfermidade a qual o superior se sente ameaçado.

A consequência pode ser a ocorrência de punições e advertências sem motivo aparente, motivadas por "comportamentos inadequados", leia-se ser soropositivo. Os pretextos são vários: pouco profissionalismo, comportamento incompatível, dificuldades de relacionamento saudável com os demais funcionários, estes são apenas alguns exemplos usados para punir o funcionário, quando boa parte dessas justificativas é infundada e se calcam exclusivamente na discriminação em decorrência do funcionário ser soropositivo.

Assim, quando empregados sofrem discriminação em virtude de serem soropositivos algumas das medidas do empregador como "reprimenda" a seu "comportamento inadequado" passam por assédio moral, em alguns até sexual, humilhação, perseguição ou "convites" ou sugestões para que se o empregado estiver insatisfeito que peça demissão.

E, apesar de que ninguém em condições normais goste de ser humilhado, vítima de piadas, chacotas e preconceitos, a pessoa pode precisar e muito do emprego. Logo, suportar as humilhações por conta do contra cheque no final do mês passa a ser uma necessidade e não mais uma opção.

Ao perceber isso o empregador incrementa os maus tratos. Tudo para exasperar sua discriminação e satisfazer seus preconceitos internos.

Então, se as condições de trabalho não forem mais as ideais ofertamos algumas soluções:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora; II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

- converse com seu chefe e exponha sua insatisfação para com a conduta adotada por ele. Em alguns casos uma confrontação faz com que a superioridade hierárquica se esvaia e o chefe passe a lhe tratar com respeito e lisura ou, ao menos, diminua a discriminação.

- se após a conversa o problema persistir, ou pior, o chefe aumentar ainda mais a perseguição, então, documente as ordens discriminatórias, copie os emails para um local fora do seu local de trabalho e o confronte novamente, porém, dessa vez grave a conversa.

- assim, não será necessário demitir-se, porém, não haverá caminho outro senão o ajuizamento de uma ação por assédio moral ou sexual, se for o caso.

No entanto, nada obsta que o funcionário que se sentir prejudicado ou discriminado em virtude de homofobia faça uma reclamação trabalhista para buscar uma indenização por danos morais em decorrência de assédio moral.

4 A DEFESA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nenhuma pessoa é obrigada a ser maltratada dentro de seu ambiente de trabalho em decorrência de ser soropositivo.

O Direito mudou, aliás, sempre acompanha a evolução e o caminhar da própria sociedade. E, em especial aos acontecimentos derivados das duas Grandes Guerras Mundiais que assolaram a humanidade no século XX o que se buscou foi à proteção do ser humano enquanto sua própria existência, sua vida e sua dignidade.

O ser humano buscou, através dos Direitos Humanos e da adequação normativa dos países ao conjunto de Tratados e Convenções Internacionais primar pela defesa de um grupo de direitos tidos como fundamentais a todos os indivíduos dentro de uma dada sociedade.

Cabe, portanto, ao Estado garantir e assegurar a proteção dos direitos fundamentais. E, nada obsta que o indivíduo quando se sentir prejudicado ou tiver o seu direito fundamental reduzido ou relativizado buscar a devida proteção jurisdicional.

A doutrina, em sua maioria, contempla a relação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, uma vez que a proteção do cidadão, da pessoa é atividade vital do Estado Democrático de Direito. Logo, o conjunto destes direitos individuais é denominado de direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco:

> O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade

> da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais[39].

Mas, afinal, o que vem a ser dignidade da pessoa humana?

Dignidade, do latim dignitas, que significa merecimento, respeito, nobreza[40]. Dignidade se refere a um conceito que o ser humano merece uma consideração, isto é, um valor, portanto, dignidade da pessoa humana é o respeito ao valor da pessoa enquanto ser humano[41].

E nesse conceito não se leva em consideração qualquer diferença econômica, cultural, social, religiosa, sexual ou racial, pois, todos, indiscriminadamente devem ser respeitados enquanto seres humanos.

José Afonso da Silva:

> Direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana[42].

Castanheira Neves:

> A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente

---

[39] MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 296.

[40] **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040. SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 256. Derivado do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público.

41 Fábio Konder Comparato: "Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 21 e 22.

[42] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 183.

> se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte[43].

O objetivo é demonstrar que não existem diferenças entre os seres humanos e que todos devem ser respeitados igualitariamente, sem nenhum tipo de juízo de valor, e, utilizando um conceito religioso, mote da obra, o homem é a imagem e semelhança do criador, logo, se maltratar ou não respeitar a dignidade da pessoa humana será o mesmo que afrontar o próprio criador.

Ronald Dworkin:

> Alguém que comprometa sua dignidade está negando, seja qual for a linguagem usada por sua comunidade, o sentido de si mesmo como alguém que tem interesses críticos e cuja vida é importante em si. O que temos, aí, é uma traição de si mesmo. E nossa descrição também explica por que a indignidade é mais grave quando sua vítima não mais sofre em decorrência dela. Afinal, uma pessoa que aceita a indignidade aceita a classificação nela implícita, e é uma grande e lamentável derrota aceitar que a própria vida não tem a importância crítica de outras vidas, que seu transcurso é intrinsecamente menos importante[44].

Alexandre de Moraes sinaliza a responsabilidade do ordenamento jurídico em proteger à dignidade da pessoa humana:

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao

[43] Apud MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, págs. 190 e 191.

[44] DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 339.

> respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos[45].

José Manuel M. Cardoso da Costa:

> Na verdade, afirmar a "dignidade da pessoa humana" é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária) assente na igualdade radical entre todos os homens – tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do "outro" (seja outro homem, seja o Estado)[46].

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o dever do Estado em assegurar a dignidade para a sociedade:

> Não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais, encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos[47].

A dignidade da pessoa humana adquiriu importantes contornos e força no pós-guerra e no século seguinte a questão foi abordada pela maioria dos

---

[45] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 128 e 129.

[46] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas**. IN **Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 191.

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 132.

países que defendem a liberdade, a comunhão entre os povos e ao Estado Democrático de Direitos. Alguns o fizeram de forma expressa em suas Constituições, enquanto outros aderiram a Tratados e outros elementos protetivos de direitos humanos[48].

A doutrina confirma a necessidade da intervenção estatal no sentido de assegurar a proteção dos direitos fundamentais aos membros da sociedade e, assim, garantir a paz social e a harmonia das relações sociais.

J. J. Canotilho:

> A força dirigente dos direitos fundamentais a prestações (económicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)[49].

Regina Quaresma:

> A dignidade da pessoa humana é princípio que perpassa todo o ordenamento constitucional. Tudo o que se expressa constitucionalmente tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. Esta se exprime a partir do momento em que são garantidas condições de vida digna para todos os cidadãos, abertos os canais de participação da cidadania nos assuntos públicos e conferidas condições para que se exerça em graus cada vez maiores a potência criativa, através de um processo de liberação

[48] Jussara Maria Moreno Jacintho acerca da realidade portuguesa e da premência dos Estados em efetivarem a proteção da dignidade da pessoa humana: "a nossa ordem jurídica não enquadrou a dignidade da pessoa humana como um dos direitos fundamentais. Preferiu elencá-la como um dos princípios fundamentais do Estado. Essa colocação, sem sombra de dúvidas, encerra uma opção que direciona e impulsiona o princípio da dignidade humana não apenas para a interpretação dos direitos fundamentais, como de toda Constituição. De ressaltar-se que a dignidade, para ser respeitada e promovida prescinde da sua expressão textual. Ela decorre da própria evolução humana, do consenso histórico que houve por bem se afirmar, ainda que com resistência por parte de vários Estados. Daí percebe-se que pari passu com o direito à dignidade, ou o direito a ver respeitada a sua dignidade – há também a escolha pelo valor, semanticamente elaborado como princípio, que assume o papel de vetor da interpretação constitucional". JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional A Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios**. Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 100.

[49] CANOTILHO, J.J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 365.

e autodeterminação do ser humano[50].
Ingo Wolfgang Sarlet:

> Pode-se afirmar com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais que somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional[51].

Reza o art. 1°, III, da Constituição Federal:

> "Art. 1°. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".

A dignidade humana guarda uma intrínseca relação com os direitos fundamentais, pois, esta garante e confere um norte interpretativo destes próprios direitos.

A dificuldade é o Estado compreender e aceitar o seu papel de garante e efetivador desta norma fundamental, pois cabe a ele inserir e assegurar a norma jurídica na realidade social.

Nesse sentido temos o artigo 3° da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 3°. Constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Constituir uma sociedade livre, justa e solidária".

Então, no que tange ao combate à homofobia, à discriminação, ao preconceito e demais atos que não respeitam à diferença cabe ao Estado criar e efetivar mecanismos efetivos de proteção para assegurar o direito dos soropositivos terem seus direitos respeitados e, acima de tudo, terem direito a terem direito, isto é, declararem serem portadores de uma enfermidade sem medo ou temor de represálias de uma sociedade preconceituosa.

---

[50] QUARESMA, Regina e GUIMARÃES, Francisco de. **Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais**. IN PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 402.

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

Luís Roberto Barroso acerca do tema e a relação com os princípios constitucionais:

> Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que esses princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social[52].

Ao Estado a missão de tirar do plano teórico e tornar realidade prática a efetivação dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade. Porque ser diferente não significa ser doente, um problema, ou muito menos ser alvo de perseguições ou afronta ao seu direito de escolher algo que não é igual ao convencional ou à maioria, mas plenamente compatível com a diversidade de uma sociedade plural e democrática.

5 A CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO AO SOROPOSITIVO

Antes de adentrarmos propriamente dos direitos fundamentais faz-se necessária a análise da função precípua do Estado Democrático de Direito[53], como estabelece a Constituição Federal através dos Artigos 1° e 3°:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

[52] BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. IN ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 114 e 115.

[53] Carlos Ari Sundfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, págs. 56 e 57.

> Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.
> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim é o objetivo do Estado Democrático Brasileiro como determina a Constituição Federal em seu artigo 3°: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e, ainda, garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação.

Luís Roberto Barroso:

> Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas[54].

Ademais indispensável se faz a complementação do Preâmbulo da Carta Magna: (...) um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

De tal sorte que podemos destacar ser função do Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de existência para todos os membros da sociedade. E, também é sua função corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais não forem respeitados. Portanto, esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos Direitos Fundamentais.

Rogério Vidal Gandra da Silva Martins:

---

[54] BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. IN ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115.

> O Estado presta serviços atendendo à necessidade coletiva direta, quando esta necessidade é imprescindível para a coletividade, ou seja, o serviço prestado atinge diretamente a sociedade. Isto ocorre quando o Estado atua na ordem econômica e social. São necessidades permanentes da coletividade e não apenas quando houver distúrbios, como no caso das necessidades coletivas indiretas. Exemplos: transportes, correio, petróleo, educação, previdência social etc[55].

Portanto cabe ao Estado Democrático de Direito efetivar os Direitos individuais do cidadão, isto é, a assunção do pleno exercício da igualdade e da liberdade[56] para a efetivação dos direitos fundamentais.

Pontes de Miranda e os direitos fundamentais:

> Direitos fundamentais, ou são direitos fundamentais supra-estatais, ou direitos fundamentais não-supra-estatais. Esses se acham tão intimamente ligados ao ideal que presidiu à feitura da Constituição, que se concebem. Nela, como direitos básicos[57].

E, os Direitos Fundamentais estão consagrados na Constituição Federal Brasileira no artigo 5°:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Todos são iguais perante a lei em uma sociedade que todos têm direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. São estes os primados

---

[55] MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. IN MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 346.

[56] Pontes de Miranda: A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia. Invenção que se deve, em parte, ao princípio majoritário: primeiro, porque, se bem que fosse possível na democracia direta, em verdade se obteve graças a expedientes de maioria (quorum maior, maioria de dois terços, três quartos, quatro quintos), para a revisão da Constituição; segundo, porque, mediante ela, se evita que seja sacrificado os interesses dos eleitores que votaram e venceram, bem como os dos que votaram e perderam, e os dos que não puderam votar ou não votaram. MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 51.

[57] MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 85.

fundamentais. E dentre eles, no que tange o assunto em tela nos cabe tratar de dois princípios: igualdade e liberdade.

5.1 Igualdade

O conceito de igualdade[58] assumiu papel preponderante no mundo moderno em decorrência de sua associação direta com a Democracia. A igualdade entre os cidadãos é a base fundamental do Estado Democrático de Direito.

A tratativa do conceito de igualdade perpassa pela análise jurídica do tema, uma vez que é de conhecimento notório que os seres humanos são deveras desiguais entre si, seja por características físicas, psicológicas ou preferências políticas, educacionais, sexuais etc.

Então ao Direito cabe normatizar que todos os habitantes de uma comunidade têm os mesmos direitos e deveres uns com os outros e entre eles e o Estado. É a isonomia das relações sociais.

Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais[59].

A Constituição, como vimos, estabelece que todos são iguais perante a lei. Assim, todos devem ser tratados da mesma forma, independentemente de sua predileção política, religiosa, sua condição econômica e social, ser portadores de enfermidades etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello alerta para as possibilidades de desrespeito ao primado constitucional:

> Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:
> I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;

---

[58] 1. Fato de não apresentar diferença quantitativa. 2. Fato de não se apresentar diferença de quantidade ou valor, ou de, numa comparação, mostrar-se as mesmas proporções, dimensões, naturezas, aparências, intensidades; uniformidade; paridade; estabilidade. 3. Princípio segundo o qual todos os homens são submetidos à lei e gozam dos mesmos direitos e obrigações. **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1569.

[59] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 12.

> II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" – que não descansa no objeto – como critério diferencial;
> III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrímen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;
> IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrímen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente;
> V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrímens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita[60].

Ao Estado cabe efetivar o direito das pessoas serem diferentes dentre uma igualdade, isto é, cada um pode exercer suas preferências e escolha livremente, desde que não exista discriminação, ofensa ou limitação à escolha de outro, uma vez que todos são iguais para fazerem suas opções e todas devem ser respeitadas de forma isonômica.

5.2 Liberdade

A liberdade[61] e sua análise são fundamentais para a compreensão do direito que as pessoas possuem de poder escolher o caminho que melhor lhe aprouver.

Assim, a filiação a determinados grupos que seguem os mesmos ideais, preferências políticas, religiosas, de pensamento, de orientação sexual etc.

Amartya Sen e a importância da liberdade:

> A valorização da liberdade tem sido um campo de batalha há séculos, de fato, milênios, e ela têm partidários e entusiastas, bem como críticos e severos detratores. (...) A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões

[60] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, págs. 47 e 48.

[61] 1. Grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal (a justiça em termos absolutos é contrária à 1). 2. Conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado; poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei. **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1752.

> diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos – tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros[62].

A Constituição Federal determina que todos são iguais perante a lei. Assim, as pessoas são livres para escolherem suas ideias, educação, influências, crença, inclinações políticas e, por conseguinte, optar por partilhar essas ideias com outras pessoas e formarem grupos com afinidades similares.

De tal sorte que, assim como a igualdade, a liberdade proporciona um aflorar cada vez maior de grupos que surgem para afirmar suas ideias. E para que não exista conflito de interesses o Direito regula normas mínimas de convivência social.

De tal sorte que o Direito assegura, dentro de um Estado Democrático de Direito, as liberdades a seus cidadãos, que poderão se reunir, manifestar, escolher sua religião, manifestar sua opinião, declarar ter uma doença, ser soropositivo etc.

6 O DIREITO A TER DIREITO

Como vimos, a Constituição Federal Brasileira assegura o direito aos cidadãos de terem a liberdade de escolherem suas filiações políticas, suas crenças religiosas, sua opção sexual etc. E por conta disso todos devem ser igualmente respeitados.

No entanto, o nosso entendimento é de que o Direito trata sempre da consequência da escolha e não da efetivação da mesma.

Senão vejamos: o ordenamento jurídico nacional coíbe a discriminação, o preconceito e o racismo. Todavia, não efetiva o direito que uma pessoa tem a efetivar o seu direito.

Independentemente das leis protetivas o ranço social e a falta de cultura são maiores do que a efetivação de um direito. Uma pessoa não consegue, ainda hoje, na sociedade plural e aberta, ter a garantia do seu direito de ter direito.

---

[62] SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dinelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 261 a 263.

Uma coisa é a Constituição dizer que a discriminação não é permitida, contudo, outra bem diferente é assegurar que uma pessoa pode, livremente, declarar seu direito sem sofrer nenhum tipo de represália social.

O Direito existe como instrumento de repressão para desvios de conduta e para garantir uma convivência harmônica entre os membros de uma sociedade. Mas, até hoje, ainda não se encontrou o caminho para se garantir que uma pessoa possa assumir um posicionamento de forma livre.

Logo, ser um soropositivo e declarar-se portador de uma doença pode causar uma série de transtornos ao seu cotidiano e às relações de trabalho. A razão é por não ser respeitado o seu direito a ter o direito de ser diferente da maioria.

Ainda hoje, com total acesso aos meios de comunicação, com a internet, a globalização, a facilidade em conhecer outras culturas e costumes é possível se afirmar que a sociedade brasileira ainda tem dificuldade em aceitar aqueles que não são considerados "iguais ou normais".

Como se para falar sobre ser soropositivo fosse um crime ou algo que deve ser coibido. Uma rotulagem, um preconceito incompatível com uma sociedade que se diz aberta e plural e que possui o primado fundamental da defesa da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico nacional ainda não conseguiu criar uma solução para efetivar o direito a ser ter direito, em especial, o direito à diferença.

O direito à diferença passa por uma carência anterior: a efetivação do direito a ter direito.

Uma pessoa não pode viver com medo de uma agressão ou uma reação ruim da sociedade apenas e tão somente porque contraiu uma doença a qual a maioria associa a uma conduta nociva.

Para isso temos de defender a efetivação da defesa da dignidade da pessoa humana e as consequências para a sociedade preconceituosa e discriminatória.

7 Os instrumentos protetivos

Como já ressaltamos, ao empregador que tiver seus direitos ofendidos no ambiente de trabalho poderá debater a situação com seu superior ou, até, processar a empresa pelos danos causados. Porém, agora, iremos adentrar um pouco mais sobre os instrumentos protetivos no ambiente de trabalho.

7.1 A Discriminação no ambiente de trabalho

A discriminação no ambiente de trabalho[63] pode ocorrer de formas

[63] Os portadores do vírus HIV e da AIDS sofrem importante discriminação, sobretudo no

variadas, como uma crítica a forma de se vestir, um comentário acerca da falta de profissionalismo do soropositivo, ou um email trocado entre funcionários acerca da conduta e comportamento do soropositivo.

Note que, até o momento, nos referimos apenas de discriminações produzidas entre colegas de trabalho. Para estes casos, a solução é a comunicação do fato ao superior e a solicitação de providências. O superior pode dirimir o problema com uma mera conversa ou, se for o caso com uma advertência formal e até uma suspensão.

Se, ainda assim, o soropositivo se sentir ofendido, nada obsta o ingresso na justiça com uma ação de indenização por dano moral contra o ofensor[64].

Entretanto, se as ofensas partirem do empregador ou de algum outro superior, como ridicularização do soropositivo perante os colegas, afirmações inverossímeis de falta de desempenho, incentivos à demissão, todas calcadas em sua condição de saúde, cabe ao soropositivo buscar soluções.

De início uma conversa para tentar contornar o preconceito. Se a atitude for inócua, o soropositivo poderá rescindir o contrato de trabalho e ingressar na justiça do trabalho com um pedido de indenização por danos morais e, também, por alguma eventual irregularidade na relação empregatícia, caso o empregador deixe de pagar algo que lhe era devido.

Note que a justiça trabalhista irá cumular as ações em uma só, tanto a análise trabalhista, quanto a indenização, visto que o dano se produziu dentro do ambiente de trabalho e com pessoas desse meio.

Importante salientar que se o empregador, em decorrência do empregado ser soropositivo, demitir seu funcionário em virtude da doença mascarando sua

---

mundo do trabalho, tanto na contratação, quanto na manutenção do contrato de trabalho, sendo extremamente danoso quando são despedidos pelo empregador.

O argumento do empregador, via de regra, é o do prejuízo à atividade econômica que o empregado portador do vírus HIV ou da AIDS pode acarretar, por meio de indisposição junto aos colegas de trabalho, ou do afastamento dos clientes. Existe, muitas vezes, o preconceito do próprio empresário, decorrente da ignorância e desinformação do meio social onde vive.

A 99ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2010, em Genebra, adotou a Recomendação nº 200, relativa ao vírus HIV, a AIDS e o mundo do trabalho. De acordo com esta Recomendação, a OIT visa a intensificar sua ação em favor do respeito aos compromissos assumidos, nacional e internacionalmente, com vistas a proteger os direitos e a dignidade dos trabalhadores e de todas as pessoas direta ou indiretamente atingidas pelo vírus HIV e pela AIDS. Fonte: http://unicuritiba.edu.br/sites/default/files/page/2011/09/2011_baracat_-_controle_do_empregado_pelo_empregador.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2012.

[64] Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

discriminação[65] através de artifícios para constranger e forçar a demissão do funcionário, igualmente caberá um ingresso de uma reclamação trabalhista.

Sobre o tema já decidiu a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual uma empresa demitiu seu funcionário, um sushiman, sem justa causa em decorrência do mesmo ser portador do vírus HIV. A empresa negou que a dispensa tenha ocorrido por discriminação, mas não se "recorda" de que tenha sido avisada da doença. Alega que a demissão do sushiman teria se dado devido a desentendimentos com outros empregados. O argumento foi rechaçado pelas instâncias ordinárias, pois, se houvesse motivo para a ruptura do contrato de trabalho, como insinua a empresa, este jamais teria sido extinto sem justa causa[66].

Ademais, com base na Lei n°. 9.029/95 poderá o empregado demitido injustamente pleitear sua imediata reintegração aos quadros de funcionários da empresa[67].

---

[65] A discriminação patronal, assim, não se restringe a apenas alguns aspectos da relação de emprego. É possível que venha a se alastrar para abranger todo o ser do contrato individual de trabalho, viciando por completo a base nuclear do Direito do Trabalho.
O comportamento discriminatório patronal, por sua vez, se manifesta através de duas formas distintas: direta e indiretamente.
Diretamente, se concretiza mediante imposições proibitivas, que tratam de modo menos favorável os membros de determinado grupo. Ocorre, por exemplo, quando o empregador simplesmente impede a contratação de mulheres, por puro e simples preconceito sexual. A adoção da postura discriminatória, portanto, ocorre de forma explícita, sem rodeios.
De forma indireta, por outro lado, a discriminação patronal se manifesta através de um tratamento formalmente neutro, mas que materialmente possui um efeito adverso sobre determinado grupo. Há, pois, uma conduta camuflada por parte da entidade patronal, que adota postura discriminatória, sem, contudo, revelar explicitamente tal posição. Para ser evidenciada, torna-se necessário averiguar as consequências adversas da conduta aparentemente neutra. TEIXEIRA, Sergio Torres. **Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a "esquecida" Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória**. Revista Magister de Direito do Trabalho, v. 43, p. 47-82, 2011.

[66] Fonte: http://www.conjur.com.br/2003-nov-17/sushiman_demitido_aids_sp_indenizado. Acesso em 11 de novembro de 2012.

[67] Art. 4°. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.
Sobre o tema algumas decisões dos Tribunais: I) RECURSO DE REVISTA - REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexista norma legal específica determinando a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista não conhecido. (TST, RR - 906/2004-006-04-00, 3ª Turma, Rel. Min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, julgado em 18/10/2006, DJ 10/11/2006).

Ainda acerca do ambiente de trabalho temos outra importante consideração a ser feita na relação do superior com o empregado soropositivo: os emails.

Questão que muitas vezes passa à margem da tratativa das relações de trabalho[68], o empregador não está autorizado a interferir na comunicação pessoal do empregado e, muito menos, circular, via email, anedotas ou qualquer tipo de chacota que atinjam direta ou indiretamente a imagem, a honra, a intimidade ou a vida privada do trabalhador soropositivo.

Este se sentir-se ofendido ou agredido moralmente pela atitude de seu superior ou, até de um colega de trabalho que circulou email atentatório à sua dignidade igualmente caberá o ingresso na justiça para buscar a reparação do dano mediante ação de indenização por dano moral[69].

Na mesma esteira incorre aquele que acessa, por conta de seu cargo, o email do funcionário e divulga, inadvertidamente, conteúdo particular do mesmo a fim de denegrir ou prejudicar sua imagem e expor sua vida pessoal e sua intimidade. Ocasião esta que igualmente poderá ser proposta ação de indenização por dano moral.

Por fim, uma breve análise acerca da qualidade de vida do empregado no ambiente de trabalho e, em especial a relação com o tema proposto.

Sobre o tema, Leda Maria Messias da Silva e Lívia Maria Bressani de Oliveira:

II) Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV – Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos. (TST – ERR 205359/1995 – SBDI 1 – Rel. Min. Leonardo Silva – DJU 14.05.1999 – p. 00043).

III) REINTEGRAÇÃO - PORTADOR DO VÍRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A dispensa do empregado, porque portador do vírus HIV, é discriminatória e, por conseguinte, afronta os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição Federal de 1988. Recurso de revista não conhecido integralmente. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 625567272000502555562556 7-27.2000.5.02.5555, Publicação: DJ 06/02/2004).

[68] No Brasil o tema da intimidade das partes envolvidas no contrato de trabalho sempre teve menor importância. Durante várias décadas foi completamente negligenciado, inclusive pela doutrina. Mesmo os melhores manuais de Direito do Trabalho não atentaram para a importância do assunto. MALLET, Estêvão. **Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho**. Revista TRT 6. Recife PE, vol. 19, nº 36, 2009, p. 37.

[69] Constituição Federal, Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

> Entende-se por meio ambiente do trabalho o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativo à qualidade de vida do trabalhador (art.7, XXXIII, e art.200, ambos da Lei Maior). Meio ambiente de trabalho é um conjunto de fatores, sendo que físico, quando se envolve a saúde do trabalhador e as condições em que está subordinado a trabalhar; psicológico, quando envolve todo tipo de assédio e sofrimentos psíquicos vivenciados pelo trabalhador, e como estes influenciam em sua qualidade de vida[70].

Quando uma pessoa busca uma oportunidade no mercado de trabalho é evidente que a remuneração está entre os principais atrativos do aceite do emprego. No entanto, existem outros aspectos que devem ser levados em consideração, como os benefícios complementares à remuneração e, especialmente, o ambiente de trabalho.

Afinal, um ambiente saudável e harmonioso contribui sobremaneira para o incremento da produção do empregado. De tal sorte que se houver discriminação, hostilidades, perseguições para o empregado em virtude deste ser soropositivo esse ambiente estará corrompido e será danoso para sua produção e desempenho ocasionando intranquilidade, aflições e até pode resultar em doenças como síndrome do pânico ou depressão.

Novamente Leda Maria Messias da Silva e Lívia Maria Bressani de Oliveira:

> O meio ambiente sadio do trabalho é um direito transindividual, inerente ao direito da personalidade, por ser um direito de todo trabalhador, que está elencado no artigo 200, II e VIII, da Constituição Federal de 88[71].
> Trata-se de uma obrigação social constitucional do Estado, ao mesmo tempo em que se trata de um interesse difuso, ou mesmo coletivo[72].
> Ao empregador cabe o tratamento com respeito e isonômico para todos os

---

[70] SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Lívia Maria Bressani de. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012, p. 291.

[71] Constituição Federal. Art. 200 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
(...)
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
(...)
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

[72] SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Lívia Maria Bressani de. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012, p. 292.

seus funcionários[73] e a Constituição Federal, como vimos, confere a igualdade a todos. Em específico nas relações de trabalho a Magna Carta manifesta a defesa da isonomia de forma expressa no art. 7°, XXX e XXI[74].

Assim, o empregador não pode estabelecer remuneração diferente para o mesmo cargo em virtude de o empregado ser portador de deficiência e, tampouco diferenciar funções em decorrência da deficiência. E se o fizer caberá ação de indenização por danos morais.

[73] A aplicação do princípio da igualdade na esfera do Direito do Trabalho, entretanto, se revela mais marcante quando analisado sob o prisma da atuação do empregador perante os membros da classe operária. Ou seja, sob a ótica da imposição do postulado da não discriminação sobre toda a conduta patronal.

O empregado, antes de tudo, é um ser humano. Um ser humano que trabalha, colocando o seu suor para servir o empregador, e, em última análise, a própria sociedade. Como tal, está assegurado o direito a um tratamento isonômico pelo Estado e pelos seus pares. O postulado da igualdade entre os homens, portanto, não se limita a um aspecto da vida do homem, mas circunscreve toda a vida social. Inclusive o âmbito laboral. E, por via de consequência, os efeitos da violação dos seus preceitos extrapolam a relação individual entre o empregado e o empregador, alcançando interesses maiores do Estado e da sociedade.

A conduta discriminatória do empregador, em tais termos, tem por finalidade prejudicar de modo ilícito um empregado em particular ou um grupo de empregados, no tocante à contratação, ao desenvolvimento da relação ou ao próprio exercício da função laborativa. Na discriminação patronal, uma distinção ilegítima é feita pela entidade empregadora em relação a empregados, de forma a gerar uma diferença de tratamento sem justificativa, em prejuízo ao princípio da isonomia. Havendo uma diferenciação fundamentada em motivo legítimo, como aquele oriundo da exigência de determinada qualificação efetivamente necessária para o regular exercício de certa profissão, a distinção é considerada lícita, inexistindo discriminação. Ocorrendo uma distinção ilegítima, entretanto, a discriminação se manifesta nos atos praticados pelo empregador em prejuízo aos empregados atingidos pela conduta nociva. TEIXEIRA, Sergio Torres. **Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a "esquecida" Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória**. Revista Magister de Direito do Trabalho, v. 43, p. 47-82, 2011.

[74] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Conclusão

A tutela jurídica das relações de trabalho para os soropositivos envolve uma série de aspectos que, de início, uma pessoa leiga pode não se aperceber: a harmonia no ambiente de trabalho, uma boa relação de respeito com os superiores, uma sadia convivência social envolvendo a questão da enfermidade são apenas alguns dos aspectos que contribuem para a mantenedura da qualidade de vida de um soropositivo. Porém, esse cenário, na maioria das vezes existe apenas no plano teórico, porque no plano prático existe um divórcio com o respeito e a lisura e dá espaço à discriminação e ao preconceito.

As razões da discriminação são variadas e envolvem, dentre outras coisas, desconhecimento e uma reação exasperada ao novo, ao que não está no rótulo do considerado normal. Com isso, agressões verbais, violências psicológicas, constrangimentos e assédios podem ser apenas algumas das respostas hostis de um colega de trabalho, ou mesmo de um superior hierárquico acerca da doença que pode ou não resultar no vírus da AIDS.

Como nos primórdios do surgimento da doença se associou o contágio ao fato do contaminado ser pertencente a um grupo de risco, em geral os homossexuais, então, a homofobia se manifesta fortemente contra os soropositivos.

Ao invés de se buscar o diálogo e, principalmente a informação, o que se vê são represálias, discriminações, aumento de serviço, salários desiguais e tudo o mais que for possível para forçar o pedido de demissão do funcionário para que o convívio diário com alguém "anormal" cesse e a paz volte a reinar na empresa.

Todavia, o que vemos é o Judiciário não mais pactuando com essas aberrações comportamentais dos empregadores e, se comprovada a demissão injusta, o empregado pode escolher se deseja ser reintegrado ao antigo emprego.

De tal sorte que a realidade trabalhista envolvendo os soropositivos se ainda está longe do ideal ao menos já começa a exercer os preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade.

Nesse diapasão ainda falta a efetivação do que reputamos ser mais importante: a garantia do direito a ter direito de um soropositivo. Este deve ter assegurada a liberdade de poder optar divulgar a sua doença sem o temor de uma homofobia, de uma represália e/ou um constrangimento.

Exatamente neste aspecto que a Constituição e o legislador ainda pecam, pois, tratam da consequência e se esquecem do mais importante: a causa da discriminação, isto é, o não respeito ao direito de se ter direito a ser diferente.

A justiça trabalhista esta atenta à discriminação, que o legislador também faça o seu trabalho ao reparar essa lacuna normativa e efetivar os direitos de uma pessoa poder garantir suas próprias escolhas livremente. Somente assim, teremos a harmonia e a paz social tão preconizadas pela carta constitucional.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.* IN ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRAGAL, Patrícia Emilia; CARDOSO, Maria Regina Alves; SEGURADO, Aluisio Cotrim Segurado. *Diferenças de gênero ao acolhimento de pessoas vivendo com HIV em serviço universitário de referência de São Paulo*, Brasil. Rio de Janeiro: Caderno Saúde Pública, vol. 23 n.11, nov. 2007.

CANOTILHO, J.J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos.* 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas.* IN Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional A Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios.* Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.

MALLET, Estêvão. *Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho.* Revista TRT 6. Recife PE, vol. 19, nº 36, 2009.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. IN MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). *Manual de Iniciação ao Direito*. São Paulo: Pioneira, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional,* vol. IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

QUARESMA, Regina e GUIMARÃES, Francisco de. Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais. IN PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dinelli Mendes*. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

SILVA, De Plácido e. *Dicionário Jurídico Conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Lívia Maria Bressani de. *A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade.* Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Sergio Torres. *Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a "esquecida" Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória*. Revista Magister de Direito do Trabalho, v. 43, p. 47-82, 2011.

VIEIRA, Luiz Henrique; SILVA, Leda Maria Messias da. *Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial*. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 115-144, jan./jun. 2011.

A TUTELA DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV E O DEVER DE SOLIDARIEDADE NA ORDEM NORMATIVA BRASILEIRA: ALGUMAS NOTAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA DO EMPREGADO PELO PRISMA LABORAL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Andrey da Silva Brugger

Resumo: O presente trabalho busca analisar a tutela do empregado portador do vírus HIV e o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Busca ter em mente que a moléstia já tem seu tratamento avançado, ainda que não se fale, por agora, em cura. O norte argumentativo é pautado pelos recentes estudos do professor Luis Roberto Barroso quanto a dignidade da pessoa humana; focamos as atenções no dever de solidariedade, tido por nós, como um valor comunitário brasileiro.

Palavras-chave: HIV, dignidade, solidariedade, direitos fundamentais.

1 Introdução

O presente trabalho analisará a tutela do empregado portador do vírus HIV e o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Buscaremos apontar breves notas quanto a questão pelo prisma do sistema normativo constitucional brasileiro, tendo em conta alguma doutrina sobre o tema e tentando colacionar alguma jurisprudência para reforçar os pontos defendidos e montar uma imagem de como os tribunais têm discutido a questão proposta.

A leitura do problema adota um viés mais constitucional do que propriamente uma leitura pelo campo do "direito do trabalho", não que acreditemos que exista uma separação entre os campos[75], mas se deseja deixar claro que o ponto de equilíbrio da argumentação está nos fundamentos trazidos pela Constituição Federal e por compromissos internacionais assinados pelo Brasil e incorporados em seu sistema jurídico, lastrearemos a argumentação através do conjunto de direitos fundamentais.

Nessa esteira, o referencial teórico básico se apoia nos recentes estudos sobre o conceito de dignidade humana, realizados pelo professor Luis Roberto Barroso, quando ele destrincha a dignidade humana em valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. Esse último ponto da divisão conceitual será tomado para lastrear a nota, digamos, principal: o dever de solidariedade da comunidade brasileira como um valor capaz de atribuir substrato para o tratamento de proteção afirmativa ao empregado contagiado pela moléstia da AIDS.

2 O prazer e labor não são mais risco de vida (e, por vezes, tem até rock and roll)

A AIDS é tida como uma ameaça desde a década de 1980 do século passado; aniquilou vidas pelo seu efeito devastador em uma época que a medicina não estava preparada para lidar com os efeitos da doença e pela ignorância da sociedade que fazia com que o infectado pelo vírus HIV, além de suportar os efeitos da moléstia, também sofresse com o preconceito.

Essa ignorância de ignorar e/ou ignorar sabendo que ignora por parte da sociedade acabou por levar os indivíduos infectados à marginalidade social, à exclusão, o que também gerou efeitos no sistema de postos de trabalho. Hoje, porém, o quadro parece sinalizar uma luz no fim do túnel, luz que não é de um trem.

A medicina a e a indústria farmacêutica evoluíram e, nos dias de hoje, há

[75] Na verdade, o Autor acredita que o Direito é integridade. Acredita que a divisão entre "direito constitucional" ou "direito do trabalho", por exemplo, é apenas uma questão metodológica para facilitar o ensino dos ramos do Direito.

o chamado "coquetel" capaz de dar sobrevida com algum grau de conforto aos soropositivos. Ainda não há cura, porém há esperança.

Desta forma, o dever de solidariedade social deve ser cobrado para através da educação diária da cidadania e as práticas institucionais, o soropositivo possa seguir sua vida sem sofrer violências simbólicas por parte da comunidade em que convive e, com o auxílio luxuoso dos remédios e tratamento médico, possa continuar dirigindo seus projetos e decidindo por si seu caminho e sua concepção sobre o que seja uma vida boa.

Hoje, o cidadão pode viver sua vida, seus afetos, seu sexo, com as drogas para combater a AIDS, com os cuidados necessários, trabalhar com tranquilidade, podendo curtir até seu rock and roll[76]. Vejamos como isso é possibilitado no plano normativo.

3 O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A promoção da dignidade da pessoa humana e, para este estudo, principalmente a dignidade do empregado que se vê afetado pelo vírus da AIDS passa necessariamente por um sistema de direitos fundamentais que possibilite a liberdade e a autonomia do cidadão em seu mais alto grau.

Na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 está posto no artigo 16 que "qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Isto porque a garantia de direitos – direitos fundamentais/humanos – faz com que o Estado tenha que respeitar a individualidade, o sentido de vida boa de cada pessoa; e, de outro lado, faz com que essa pessoa respeite os direitos de outras pessoas tão humanas e, portanto, tão livres quanto ela.

A previsão de um sistema de direitos fundamentais é elemento de grande relevância para o Estado de Direito, visto ser a via de limitação e condicionamento do alcance do poder estatal. Com a constitucionalização de direitos e sua consagração jurídica à categoria de fundamentais, tem-se que o Estado deverá respeitar, proteger e fomentar certos aspectos da vida individual (ALEXY,2008), como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, inserção ampla dos cidadãos no mercado de trabalho, sendo vedada qualquer discriminação quanto a escolha e demissão do cidadão que disputa ou está no posto de trabalho, visto que essas garantias individuais estão positivadas no diploma normativo de maior hierarquia. Assim, por exemplo, o comportamento que vise a distinguir negativamente trabalhadores "sadios" (sem moléstias) daqueles trabalhadores

[76] Referência clara e direta a Cazuza, cantor e compositor dos mais brilhantes, que também foi acometido pela AIDS.

acometidos por alguma doença, no caso do presente trabalho, a AIDS, deverá levar em conta o âmbito de proteção assegurado pela Constituição aos direitos subjetivos do indivíduo, sendo que, constatado o caráter discriminatório, tal comportamento será ilegal e, principalmente, inconstitucional, merecendo ser nulo o ato de demissão, tendo por consequência a reintegração.

No Estado de Direito, a inserção do sistema de direitos fundamentais na ordem constitucional significa a positivação do indivíduo como sujeito de direitos com garantias que não podem ser suprimidas e ignoradas pelo Estado e tão pouco lesadas por terceiros. Esse sistema de direitos é o âmbito em que o Direito concretiza o auto-respeito do indivíduo (HONNETH, 2003), que passa ter os olhos da ordem normativa voltados para si. Dessa forma, cria-se uma área delimitada em que a ingerência estatal não tem lugar. Quando a mulher adquire essa consciência de um espaço para desenvolvimento de sua autonomia, ela adquire a autoconfiança para criar sua própria identidade intersubjetiva em relação ao outro (TAYLOR *apud* FERES e COUTINHO, 2011,p.156) que através desse sistema de direitos toma a atitude de buscar respeito e consideração por seus projetos de vida, visões de mundo e desejos. Esse auto-respeito tende a ser partilhado pelos indivíduos reciprocamente, ajudando na formação de uma sociedade plural, em que mulheres e homens interagem direcionados ao respeito recíproco. Obtendo o reconhecimento dos já citados – e que serão mais a frente destrinchados - valor intrínseco, valor comunitário e sendo possível a plena autonomia. Nos dizeres de Habermas (2007), o teor intersubjetivo desses direitos exige a consideração recíproca de direitos e deveres, em proporções simétricas de reconhecimento.

Esse reconhecimento demandará, por vezes, redistribuição, isto é, por vezes será necessária uma maior proteção por parte das instituições e da legislação para que determinados indivíduos sejam tutelados contra alguma forma de opressão, dentre elas a discriminação por conta de uma moléstia que os afeta.

4 A DIGNIDADE HUMANA E O DEVER DE SOLIDARIEDADE COMO VALOR COMUNITÁRIO

Está expressa na nossa constituição que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República federativa do Brasil, como se vê do artigo 1º, III[77], da Constituição Federal.

[77] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana.

Em recentes estudos[78], o professor Luis Roberto Barroso trouxe uma nova visão sobre a natureza jurídica da tão proclamada dignidade da pessoa humana. Conclui, em apertadíssima síntese, que o instituto se assemelha mais a um princípio constitucional do que a um direito fundamental autônomo, posto que oriente o debate no caso concreto e serve de parâmetro na interpretação da legislação. Acreditamos que tal visão é extremamente acertada, já que fica difícil imaginar que algum direito possa prescindir da dignidade humana em um eventual conflito.

Nos estudos em questão, chama a atenção a tripartição do núcleo conceitual da dignidade humana, a saber: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Todo ser-humano possui dignidade, por ser um valor intrínseco, próprio ao fato de ser pessoa. Aqui, em nossa visão, o professor Luis Roberto Barroso dá um passo além de Kant. Embora ambos partam da noção do "homem como fim em si mesmo", sendo todos os seres humanos merecedores do mesmo respeito e consideração, de forma que não deve ser instrumento para outro homem ou para o Estado, para Kant, a dignidade vem com a razão (SANDEL, 2012, p.139). O ser racional capaz de se autogovernar pelos imperativos categóricos possuiria dignidade. Segundo o estudo do professor Luis Roberto Barroso, a pessoa nasce com dignidade, disso decorrendo que mesmo aquele que nascer com alguma enfermidade que iniba ou reduza as funções cerebrais e, portanto, o discernimento, a razão, possui dignidade. Logo, não importa as condições, digamos, físicas ou fisiológicas, não importa se do gênero masculino ou do gênero feminino, se sadio ou afetado por alguma moléstia, todas as pessoas possuem dignidade, são merecedoras de respeito e consideração. A dignidade não é algo concedido ou que possa ser perdido, trata-se de um traço essencial de ser pessoa. Essa noção é importante, porque é corrente dizer que o resultado atestando a contaminação pelo vírus HIV é praticamente a "morte civil" do infectado, posto que violências simbólicas passam a ser perpetradas contra o indivíduo, por exemplo, algumas pessoas do circulo de convivência passam a se afastar, medos existenciais passam a acometer o doente; imaginamos que a vida, antes tida como plena, passa a estar em xeque. Dessa forma, o valor intrínseco de dignidade deve ser reforçado a todo o momento.

---

[78] BARROSO, Luis Roberto. *"Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transacional.* Revista dos Tribunais, no prelo e, do mesmo autor, um estudo anterior e preparatório para este inédio em língua portuguesa, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2010/12/LRBarroso-A-dignidade-da-pessoa-humana-no-Direito-Constitucional-contemporaneo.pdf>. Acesso em 28 de Agosto de 2012.

Quanto à autonomia, é a faculdade de a pessoa buscar seus próprios interesses, ter seu próprio direcionamento do que seja a vida boa, direcionar seus esforços para seus planos, a liberdade de viver seus afetos, de dispor de seu patrimônio, de alcançar seus objetivos, em suma, escrever sua própria história. Tal autonomia, segundo o professor Luis Roberto Barroso, consiste em razão (tomar decisões de forma bem informada, refletindo sobre os fatos apresentados), independência (ausência de coerção e privações mínimas) e, por consequência, a escolha (existência real de alternativas). Realmente, só existe autonomia, quando o cidadão possui as condições reais e simbólicas de se autodeterminar. No caso do presente estudo, o cidadão precisa saber que tem a segurança de que poderá ter as mesmas chances de disputar um certame ou de permanecer em seu posto de trabalho, seja na condição de ser um cidadão saudável ou portador de HIV ou acometido de outra moléstia. Certamente que algumas precauções serão tomadas, mas que estas não sejam discriminatórias. Nesse sentido, vale a pena conferir a Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho[79].

Para além da segurança do cidadão dada pela ciência de que disputará os postos de trabalho em iguais condições, importante aspecto da autonomia e de sua dignidade é a possibilidade de continuar dirigindo sua própria vida. Isto é, sabe-se que a Lei 8213/1991, em seu artigo 151[80], faculta ao empregado, que não se sinta mais capaz de laborar, a aposentadoria por invalidez, chamada "invalidez social". Entretanto, no caso de o cidadão se sentir confortável para continuar a trabalhar, esse direito de acesso e permanência nos postos de trabalho deve ser garantido em sua totalidade. A escolha é do indivíduo.

O valor comunitário, por sua vez, traz a questão de uma dignidade construída também pela, e através, da comunidade, das pessoas que cercam o indivíduo. O indivíduo não é apenas um pedaço no organismo social e tampouco as crenças difundidas entre os demais indivíduos devem ser desprezadas. Tais crenças devem poder ser compartilhadas por pessoas bem dispostas e livres, parte-se da premissa de que os valores são laicos. Trata-se de uma

[79] Organização Internacional do Trabalho. Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho. Disponíevel em: http://www.oitbrasil.org.br/content/recomenda%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho. Acesso em: 28 de Novembro de 2012.

[80] Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

troca entre indivíduo e sociedade. A autonomia individual sofre uma restrição perante costumes, valores e até mesmo direitos de outras pessoas que são tão autônomas quanto o indivíduo em questão; esta seria uma primeira visão do valor comunitário.

Uma segunda visão sobre o valor comunitário seria enxergar pelo prisma das normas impostas pelo Estado, que também são manifestações dos consensos sociais mínimos. De forma que nos parece que a igualdade, a não discriminação e a solidariedade são traços assumidos pela comunidade brasileira. A igualdade é estampada no artigo 5º, inciso I da Carta Magna. No aspecto da solidariedade, como dito, a Constituição federal de 1988 traz em seu artigo 3º, I[81], que constitui objetivo fundamental da República federativa brasileira construir uma sociedade livre, justa e solidária. Não há espaço, no projeto constitucional, para a exclusão (MORAES,2010,p.239). Parece-nos consensual a ideia de sermos a partir do Outro. Basta ter sensibilidade para entender que, tendo essa perspectiva da solidariedade, da inclusão, aliada à noção de vedação a discriminação de qualquer natureza (artigo 3º, inciso IV[82], Constituição Federal 1988), deve o poder público continuar fomentando a proteção ao empregado portador do vírus HIV, até como medida da promoção se sua cidadania. Essa atitude estatal é consentânea com o valor comunitário da solidariedade.

Infelizmente, para este trabalho, não temos uma pesquisa empírica para demonstrar que a solidariedade seja um valor assumidamente incorporado na comunidade brasileira. Nada obstante, consideramos que a Constituição Federal é um manual de instruções ou uma carta de apresentação de nossa comunidade, sendo assim, para o estrangeiro que queira saber quais valores nos orientam e pegue para ler nossa carta constitucional, lerá, sem dificuldades e sem apelar para hermenêuticas avançadas, que a solidariedade, a não discriminação, a igualdade, a cidadania, o valor social do trabalho e outros valores de mesma envergadura são assumidos pela comunidade brasileira, tanto que expressos literalmente na Constituição Federal vigente.

5 Mais algumas breves notas sobre a questão da tutela do empregado soropositivo.

Sem dúvidas, o sistema de garantias fundamentais estende a análise da questão. Tendo por ponto inicial a promoção da dignidade da pessoa humana

[81] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

[82] Art. 3º (...)
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

destrinchada, ainda que em síntese, alhures, podemos identificar mais algumas questões importantes para salientar essa tutela dos direitos do empregado acometido pela AIDS.

No plano nacional, temos a exegese do artigo 6º da Constituição Federal[83] que afirma que o direito do trabalho é um direito social e, por consequência, direito fundamental. Vale a pena ver a afirmação de Inocêncio Mártires Coelho[84] quando a este *status* alcançado pelos direitos sociais através da prática estatal:

> (...) foi graças à atuação estatal - ora mais agressiva, ora mais menos intensa – que os *direitos sociais*, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o *status* de *direitos fundamentais*, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* – até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionaliza-los, dotou suas normas de *injuntividade* (...). [itálico no original].

Dito isso, podemos extrair que a ordem normativa brasileira atribui aos empregados soropositivos alguns direitos subjetivos que devem ser observados por todos, a começar pelo direito à vida e à integridade física. O cidadão tem direito a exigir que seja tratado com respeito e consideração, tendo direito, inclusive, a tratamento gratuito por parte do Estado, para que sua vida seja preservada. Não se cuida aqui de evitar a morte – tarefa inglória e impossível para o ser humano -, cuida-se, na verdade, de promover condições para uma vivência digna, com respeito a sua condição e integridade do seu corpo.

O direito à integridade também alcança a integridade psíquica, psicológica, isto é, o natural distúrbio pela notícia da infecção não pode ser aumentada por humilhações por parte dos pares e, no setor de trabalho, por seus superiores. Isso implica que o indivíduo que sofre da doença deve ter sua condição psíquica também resguardada.

Importante direito resguardado é também o direito a proteção da vida privada. No que tange ao direito do trabalho, o Ministério do Trabalho emitiu a Portaria nº 1246/2010, que em seu artigo 2º proíbe o exame de constatação do HIV para admissão em empregos ou em outras hipóteses, como se vê:

---

[83] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

[84] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. (pág. 821-822).

> Art. 2º. Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV.
> Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não obsta que campanhas ou programas de prevenção da saúde estimulem os trabalhadores a conhecer seu estado sorológico quanto ao HIV por meio de orientações e exames comprovadamente voluntários, sem vínculo com a relação de trabalho e sempre resguardada a privacidade quanto ao conhecimento dos resultados.

É bem de ver que a privacidade é resguardada, mas campanhas e programas podem incentivar cuidados e o conhecimento por parte do empregado.

Nesse sentido, vejamos alguns exemplos do tratamento jurisprudencial destinado a essas notas como um todo:

> **DISPENSA. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA.** PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunicado da rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção de rescindir o contrato cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. O reconhecimento de que a atitude provocou abalo moral é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Recurso provido para reconhecer a ocorrência de dano moral e condenar a ré ao pagamento de indenização. (TRT 09ª R.; Proc. 99512-2006-025-09-00-6; Ac. 32574-2008; Segunda Turma; Relª Desª Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu; DJPR 09/09/2008)

> EMPREGADAPORTADORADADOENÇADAIMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Consoante entendimento firmado pelo TST, **presume-se discriminatória a dispensa de empregada portadora do vírus HIV, cuja doença é conhecida pelo empregador**. Assim, a ausência de comprovação de fato adverso que infirme a presunção de que a despedida ocorreu por ato de segregação impõe a reintegração da empregada, em observância às regras do ordenamento jurídico que repudiam a dispensa discriminatória e arbitrária. (TRT 12ª R.; RO 02747-2006-054-12-00-2; Segunda Turma; Redª Desig. Juíza Lourdes Dreyer; Julg. 02/09/2008; DOESC 11/09/2008)

EMPREGADO PORTADOR DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. *Não há como presumir que tenha sido discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV, quando transcorridos mais de 10 anos após o conhecimento da ré*. (TRT 12ª R.; RO 00202-2008-016-12-00-7; Segunda Turma; Relª Juíza Lourdes Dreyer; Julg. 05/09/2008; DOESC 23/09/2008)

REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. **EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV**. DIREITO POTESTATIVO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL ENCONTRA LIMITES NOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O que se verifica, modernamente, é uma autêntica mitigação do direito potestativo de resilição contratual, em homenagem ao princípio da função social do contrato e à própria moralização das relações jurídicas no Estado Democrático de Direito, que privilegia a dignidade do ser humano. **Devida a reintegração**, pois ao mais fraco deve ser assegurado um "standard" mínimo de direitos e de proteção jurídica, que possibilite uma vida digna. Há que se observar que a propriedade tem função social, nos termos do comando constitucional. (TRT 02ª R.; RO 02172-2004-066-02-00-0; Ac. 2007/1088851; Décima Turma; Relª Juíza Marta Casadei Momezzo; DOESP 15/01/2008; Pág. 731)

EMPREGADA PORTADORA DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NÃO CONFIGURADA. Não há como presumir que o contrato de experiência da autora não tenha sido renovado ou prorrogado ao seu término por ser ela portadora do vírus HIV, sendo necessária a prova da alegada discriminação, o que não restou configurado. (TRT 12ª R.; RO 00673-2007-043-12-85-0; Segunda Turma; Rel. Juiz Edson Mendes de Oliveira; Julg. 26/02/2009; DOESC 12/03/2009)

NULIDADE DA DESPEDIDA. DISCRIMINAÇÃO. HIV. DEPRESSÃO. situação em que não há prova nos autos de que a despedida se deu pelo fato de o autor estar contaminado com o vírus HIV, bem como da existência de nexo causal entre a depressão do autor e o trabalho por ele desenvolvido. Inviável se reconhecer a garantia no emprego pleiteada. Provimento negado. (TRT 04ª R.; RO 00211-2007-017-04-00-7; Oitava Turma; Relª Desª Conv. Maria Madalena Telesca; Julg. 07/10/2008; DOERS 20/10/2008)

MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DE VÍRUS HIV. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. Não há direito líquido e

certo oponível contra decisão que, em antecipação de tutela, determina a reintegração de empregada portadora de vírus HIV. Aplicação da OJ nº 142 da SDI-II/TST. (TRT 04ª R.; MS 01800-2008-000-04-00-1; Primeira Seção de Dissídios Individuais; Rel. Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo; Julg. 18/07/2008; DOERS 30/07/2008)

REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Havendo prova nos autos de que a despedida do empregado portador do vírus HIV não se deu por motivo discriminatório, impõe-se a rejeição do pleito de reintegração no emprego e indenização por dano moral. Ademais, contrariando a tese trazida nas razões recursais, não se vislumbra a intenção do empregador de impedir o reclamante de usufruir de direitos previdenciários que, de qualquer sorte, estão assegurados nos termos da Lei nº 7.670/88. O fato de o reclamante ser portador do vírus HIV não é pressuposto suficiente para a existência de estabilidade, não havendo, no ordenamento jurídico pátrio, regra concedendo estabilidade ou garantia de emprego ao portador do vírus. (TRT 04ª R.; RO 00043-2007-026-04-00-0; Sexta Turma; Rel. Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo; Julg. 09/07/2008; DOERS 18/07/2008)

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. **EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. DANO MORAL**. Impõe-se manter a sentença que, após análise minuciosa dos fatos e interpretação sistemática das normas constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana e repudiam o preconceito e a discriminação, vedando a dispensa arbitrária (art. 7º, I), determina a **reintegração do empregado dispensado por ser portador do vírus HIV, condenando a empresa, ainda, à reparação do dano moral causado ao obreiro**. (TRT 12ª R.; RO 01963-2007-036-12-00-0; Terceira Turma; Rel. Juiz Gerson Paulo Taboada Conrado; Julg. 08/01/2009; DOESC 22/01/2009)

REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. Aos soropositivos deve ser dado tratamento que assegure sua vida digna. A moléstia, como é sabido, é incurável, sendo necessário tratamento e medicamentos de forma permanente. A **garantia de emprego** encontra amparo na função social do contrato e vedação ao abuso de direito. No momento em que é despedido, estando debilitado psicológica e fisicamente devido ao acometimento da doença infamante, e tendo como agravante o fato de que nestas condições não vai conseguir colocação em nenhum outro tipo de atividade, **o empregado infectado**

> **com o vírus HIV deve ser protegido e ter garantia do emprego**, para o bem de poder dignamente obter sustento e manter o poder aquisitivo. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites em hipóteses tais como as de ato discriminatório ou fraudulento, assim também em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, inciso III, da CF) e de fundamentos como o da dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho (incisos III e IV do art. 1º da CF), sendo, a prática da dispensa por motivo discriminatório, incompatível com a prevalência e a realização desses princípios. Vedação ao rompimento do contrato de trabalho por ato discriminatório do empregador, garantindo, ao empregado, direito à reintegração, que encontra amparo na Lei nº 9.029/95. Reintegração ao emprego mantida. Recurso não provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Condenação em honorários advocatícios à razão de 20% que não encontra lugar no âmbito do processo do trabalho. A verba honorária em questão é devida nos termos da Lei nº 1060/50, mormente quando declarada, pelo reclamante, sua condição de insuficiência econômica. Não se pode mais entender que a assistência judiciária fica limitada ao monopólio sindical. Honorários assistenciais devidos à razão de 15% do que se apurar sobre o valor bruto da condenação (Súmula nº 37 deste Regional). Recurso provido, em parte. (TRT 04ª R.; RO 00753-2007-006-04-00-6; Oitava Turma; Relª Juíza Ana Luíza Heineck Kruse; Julg. 24/04/2008; DOERS 28/05/2008) CF, art. 170)

No plano internacional, temos, por exemplo, a Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho, mostrando que esta é uma preocupação mundial. O Brasil se compromete com essa luta e enquanto comunidade temos que levar esses direitos à sério.

6 Conclusão

O presente trabalho tentou analisar a tutela do empregado portador do vírus HIV e o dever de solidariedade na ordem normativa brasileira, primeiro como uma mensagem de esperança, tendo em conta a evolução médico-farmacêutico do tratamento da AIDS. O prazer, os projetivos de vida e o labor não são mais risco de vida, havendo uma alegria e conforto como ouvir um bom rock and roll.

Pretendemos demonstrar o tratamento dispensado pela ordem normativa, exaltando o prisma constitucional dos direitos subjetivos garantidos ao empregado soropositivo, que merece todo o respeito e consideração por seu

valor intrínseco e por ser uma diretriz constitucional o valor comunitário de dever de solidariedade.

Uma vez positivados os direitos, fica ainda mais claro que os direitos sociais têm força normativa e aplicabilidade imediata. Colacionamos também alguns precedentes que chancelam a proteção ao empregado contra demissões arbitrárias fundadas tão somente na condição de infectado pela moléstia da AIDS.

Enfim, para concluir, é bem de ver que as condições para a promoção da dignidade dos empregados soropositivos, que antes são pessoas humanas – por óbvio -, são tidas como importantes pelo ordenamento jurídico, dando o suporte real e simbólico para as pessoas continuarem a dirigir por si seus projetos de vida.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.* Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2010/12/LRBarroso-A-dignidade-da-pessoa-humana-no-Direito-Constitucional-contemporaneo.pdf>. Acesso em 28 de Agosto de 2012.

_____. *"Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transacional.* Revista dos Tribunais, no prelo.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal) – 12ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. São Paulo: Saraiva, 2011

FERES, Marcos Vinício Chein; COUTINHO, Priscila de Oliveira. *Estado, Direito e Sociedade Civil: direito, criminalidade e políticas sociais.* In: Instituições de direito – Bruno Amaro Lacerda (Org.), Flávio Henrique Silva Ferreira (Org.), Marcos Vinício Chein Feres (Org.). Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011.

HABERMAS, Jünger. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estadodemocrático de derecho en términos de teoria del discurso***.** Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 3ª ed., 2001.

_____. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política***.** Trad. George Sperber,Paulo Asto Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 3ª ed., 2007

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.* Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil* – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
Organização Internacional do Trabalho. Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho. Disponíevel em: http://www.oitbrasil.org.br/content/recomenda%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho. Acesso em: 28 de Novembro de 2012.

SANDEL, Michael J. Justiça - *O que é fazer a coisa certa*. [tradução 5ª ed. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo]. – 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Para uma revolução democrática da justiça* – 3ª ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. Tradução de Adail Ubirajara. São Paulo:Loyola, 2005.

TUTELA PENAL DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

LAÍS SANTANA DA ROCHA SALVETTI TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Premissas conceituais acerca da soropositividade: HIV x AIDS. 3. Tutela penal dos direitos trabalhistas: combate à discriminação e à dispensa arbitrária com fundamento no estado de saúde. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: investiga-se se a tutela jurídica penal do trabalhador soropositivo pode ser prestada pelo auto-intitulado crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, previsto no artigo 203, do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhador soropositivo. Tutela penal. "Frustração de direito assegurado por lei trabalhista". Recomendação nº. 200. Organização Internacional do Trabalho.

RIASSUNTO: questa ricerca indaga se la tutela giuridiche del lavoratore sieropositivi puó essere studiata nell'ambito del Diritto Penale, secondo il reato di frustazione del diritto garantito per la legislazione del lavoro, previsto nell'articolo 203, del Codice Penale brasiliano.

PAROLE: Lavoratore sieropositivi. Tutela penale. "Dellito di frustazione del diritto garantito per la legislazione del lavoro". Raccomandazione nº. 200. Organizazione Internazionale del Lavoro.

1 Introdução

A proteção jurídica do trabalho humano é, antes de tudo, uma necessidade. A vida e a saúde do trabalhador são as fontes de sua capacidade produtiva, razão pela qual impõe-se a sua tutela como *conditio sine qua non* para a salubridade da produção e estabilidade da economia.

Desta forma, o reconhecimento da função social da prestação do trabalho conduz à tutela jurídica do próprio ser humano, eis que o trabalhador aplica, durante a atividade laborativa, as suas forças físicas e intelectuais, fazendo de seu corpo verdadeiro instrumento do qual provêm tais elementos.

Com efeito, o Direito do Trabalho presta-se, essencialmente, à ordenação e coordenação do trabalho subordinado. Vale dizer, o objeto principal deste ramo do Direito refere-se "ao trabalho como expressão da personalidade humana, como atributo e qualificado na sua forma de dependência"[85].

Ocorre que, nem sempre, a tutela alcança níveis máximos de efetividade. Tratando-se de *dever ser*, as normas jurídicas dependem do fator humano para que os direitos nelas contidos ganhem vida.

Por isso, para que as normas jurídicas atinjam os efeitos que justificaram a sua elaboração, cabe aos sujeitos de direito atenderem aos seus comandos prescritivos e absterem-se em relação àqueles proscritivos. Porém, com indesejada freqüência, nota-se que a inversão de comportamentos: realização de condutas vedadas e descumprimento de condutas *autorizadas.*

Neste contexto, vislumbra-se a necessidade de tratamento criminal em face da constante violação da dignidade humana, notadamente em relação aos trabalhadores soropositivos.

Para tanto, no primeiro capítulo, são analisadas as premissas conceituais acerca deste delicado estado de saúde e esclarecidas algumas imprecisões do emprego (equivocado) da nomenclatura HIV e AIDS.

Em seguida, o objeto de estudo desloca-se para o exame das convergências das tutelas promovidas pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Penal.

Por derradeiro, explora-se a composição da norma incriminadora e a tutela dos direitos trabalhistas sob a perspectiva do artigo 203, do Código Penal.

[85] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho.** Atualizado por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.11.

2 Premissas conceituais acerca da soropositividade: HIV x AIDS

Considera-se soropositivo o indivíduo infectado pelo vírus da imunodeficiência humana – HIV. Por isso, não necessariamente quem foi diagnosticado com HIV também padece da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS.

Com efeito, "ter o HIV não é a mesma coisa que ter a AIDS. Há muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença" [86].

"Do inglês *Acquired Immunodeficency Syndrome,* também denominada Sida", a síndrome da imunodeficiência adquirida foi assim denominada por compor um conjunto de sintomas que provocam debilidade progressiva da imunidade do indivíduo, pois o vírus se desenvolve e se multiplica no interior do linfócito CD4, espécie do glóbulo branco sanguíneo responsável por organizar e manter as defesas imunológicas[87].

Atenta ao impacto social que o vírus HIV e a AIDS provocam e considerando os seus reflexos na economia, no trabalho e na vida do trabalhador, principalmente em relação aos efeitos perversos, tais como o preconceito,

---

[86] "mas, podem transmitir o vírus a outros pelas relações sexuais desprotegidas, pelo compartilhamento seringas contaminadas ou de mãe para filho durante a gravidez e a amamentação". BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é Aids.** Disponível em http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv. Acesso em 28 de novembro de 2012.

[87] "Os linfócitos CD4 são os generais de nosso exército de defesa. Eles são responsáveis por reconhecer a natureza do germe invasor e recrutar todas as demais células do sistema imunológico para atacá-lo e destruí-lo. Quando os linfócitos CD4 não conseguem exercer suas funções, o exército se desorganiza e a resposta imunológica perde a eficácia. No caso de infecção por HIV, essa situação expõe o portador do vírus a doenças oportunistas. Para se multiplicar, o HIV se esgueira pela membrana externa dos linfócitos CD4, e por meio de uma estratégia simples, introduz seus 9 genes entre os trinta mil contidos no interior de cada linfócito invadido. Para multiplicar-se, um linfócito CD4 precisa dividir-se em 2. Na divisão, obrigatoriamente terá de duplicar seus genes, para que os linfócitos-filhos sejam iguais ao que lhes deu origem. Nesse momento, sem querer, reproduzirá também os genes do HIV. É como se tivesse uma copiadora em que alguém introduzisse um código pirata, de tal forma que, ao fazer uma cópia, a máquina lesse e reproduzisse o código pirata introduzido. O código pirata do HIV induz um defeito na maquinaria reprodutiva do linfócito CD4, obrigando-a a copiar milhares de vezes os 9 genes virais. Os genes assim copiados formam uma cápsula para se protegerem e abandonam em massa o linfócito CD4 que os formou. E pior, na saída, os genes rompem a membrana externa do linfócito, destruindo-o. Com o passar dos anos, enquanto milhões de novas partículas virais são produzidas diariamente, as células CD4 vão desaparecendo. Sem comando, o exército de defesa perde a capacidade de combater os inimigos. A deficiência imunológica chega a um ponto que germes banais, com os quais convivíamos pacificamente, tornam-se capazes de invadir nosso organismo e provocar doenças gravíssimas. VARELLA, Dráuzio; JARDIM, Carlos. **AIDS.** Guia prático de saúde e bem-estar. Barueri: Golg, 2009. p.8-14.

a discriminação e a ameaça de dispensa arbitrária em razão da doença, a Organização Internacional do Trabalho editou a Recomendação nº. 200, sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho[88].

Isto porque, com freqüência, ao trabalhador soropositivo são negados direitos essenciais ao desenvolvimento de sua personalidade. Marginalizado pela sociedade, pelos empregadores e *colegas* de trabalho, parece ostentar o status de "não-pessoa", sendo vítima de discriminação odiosa.

Com a pretensão de reduzir tal ocorrência, que muitas vezes deságua da dispensa imotivada e arbitrária, foi adotada a Recomendação nº.200, a qual definiu que trabalhador refere-se a toda e qualquer pessoa que desempenhe trabalho, independentemente da modalidade ou forma. Determinou que considera-se discriminação "qualquer distinção, exclusão ou preferência tendo o efeito de anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação" e que para efeitos de aplicação concreta, "local de trabalho refere-se a todo local em que os trabalhadores exercem a sua atividade", "HIV refere-se ao vírus da imunodeficiência humana, um vírus que danifica o sistema imunológico humano" e que AIDS refere-se "à síndrome da imunodeficiência adquirida, que resulta de estágios avançados de infecção pelo HIV".

3 Tutela penal dos direitos trabalhistas: combate à discriminação e à dispensa arbitrária com fundamento no estado de saúde

É estreme de dúvidas que ao Direito Penal cumpre tutelar os bens jurídicos mais relevantes aos valores dos quais comungam os cidadãos, o que reflete na proteção do próprio pacto social implícito do qual são signatários.

---

[88] "A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho, e reunida em sua 99ª Sessão, em 2 de junho de 2010, observando que o HIV e a Aids tem um sério impacto na sociedade e nas economias, no mundo do trabalho, tanto em setores formais como informais, nos trabalhadores, suas famílias e dependentes, nas organizações de empregadores e de trabalhadores e nas empresas públicas e privadas, e comprometem a realização de um trabalho decente e o desenvolvimento sustentável; Reafirmando a importância do papel da Organização Internacional do Trabalho no combate ao HIV e à Aids no mundo do trabalho e a necessidade de a Organização intensificar seus esforços para alcançar a justiça social e eliminar a discriminação e estigmatização ligadas ao HIV e à Aids, em todos os aspectos do seu trabalho e de seu mandato; (...) Observando que o estigma, a discriminação e a ameaça de perda de emprego sofridos por pessoas afetadas pelo HIV ou Aids são obstáculos ao conhecimento do próprio estado sorológico para o HIV, aumentando a vulnerabilidade dos trabalhadores ao HIV, prejudicando o seu direito a benefícios sociais", adotou no dia 17 de junho de 2010 a Recomendação 200, sobre o HIV e a Aids. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/content/recomenda%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho. Acesso em 28 de novembro de 2012.

Com efeito, "o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano"[89].

O trabalho humano representa um desses bens jurídicos fundamentais, razão pela qual exige-se que a sua proteção também seja realizada no âmbito das normas penais incriminadoras.

A ilustrar esta afirmação, constata-se a presença de determinados delitos cujas objetividades jurídicas referem-se especificamente à tutela do trabalhador, em seus mais variados aspectos.

O crime de atentado contra a liberdade de trabalho, por exemplo, tutela a integridade do trabalhador, tanto no âmbito físico quanto psíquico, e também o direito subjetivo ao exercício da atividade laborativa.

Previsto no artigo 197, inciso I, do Código Penal, criminaliza a conduta "constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar durante certo período ou em determinados dias", sujeitando o agente à sanção penal de "detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência".

Por sua vez, a honra do trabalhador e o seu direito à isonomia, para que de não seja alvo de discriminação odiosa nas relações desenvolvidas com o seu superior hierárquico, também são objeto de tutela penal.

Além destes bens jurídicos, crime de assédio sexual também visa proteger a salubridade do ambiente de trabalho, a liberdade sexual e os bons costumes.

De acordo com o artigo 216-A, do Código Penal, "constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função" é crime punido com pena de detenção, pelo período de um a dois anos.

Nota-se, portanto, que a tutela penal do trabalhador está diretamente relacionada à concepção protetiva do Direito do Trabalho.

Com efeito, a *ratio essendi* deste ramo do Direito refere-se à necessidade de construir mecanismos jurídicos de equiparação dos sujeitos das relações de trabalho, para que o trabalhador, presumidamente hipossuficiente, assuma posição de superioridade jurídica[90].

Desta forma, tutelar o trabalhador soropositivo, no âmbito criminal, revela, observância aos postulados constitucionais e obediência ao anseio social, pois a tutela penal pretende protegê-lo dos principais males que acompanham o vírus no ambiente *corporativo*: a discriminação e a dispensa imotivada.

---

[89] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 2008. p.55.

[90] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010. p.181.

De fato, a hipossuficiência do trabalhador e a sua indispensável proteção estão em sintonia com a "defesa da dignidade do ser humano que trabalha, que fundamenta a cidadania do trabalhador para designar que, como membro da sociedade, ele tem todos os direitos que a lei confere aos demais cidadãos". E se a discriminação é constitucionalmente vedada, haverá de ser respeitada em qualquer lugar, dentro e fora do local de trabalho[91].

A vedação da discriminação e a necessidade de tutela do trabalhador são bens jurídicos constitucionais, e nesta qualidade, justifica-se a proteção penal a ser conferida pelas normas incriminadoras[92].

Realmente, a atuação do Direito Penal cinge-se às hipóteses de extrema violação dos bens jurídicos mais relevantes, referidos na Constituição da República, de modo expresso ou implícito. Significa dizer que a intervenção penal deve ser mínima, justificando-se apenas como *ultima ratio,* quando determinado bem jurídico constitucional, em razão de sua importância, não puder ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a edição de normas penais incriminadoras está associada à função fragmentária do Direito Penal e à sua intervenção reservada às situações excepcionais. Porém, uma vez selecionado o bem jurídico que prescinde de tutela penal, surge o dever de prestação legislativa, para que as condutas mais graves e perniciosas à sociedade que atinjam os bens jurídicos eleitos fundamentais sejam criminalizadas.

Assim, ganha vigor a teoria dos mandados (ou mandatos) de criminalização, segundo a qual a Constituição República traz em seu bojo a eleição dos bens jurídicos fundamentais a serem tutelados pela edição de normas penais incriminadoras, sob pena de restar configurada a inconstitucionalidade por omissão, decorrente de leniência legislativa, conhecida como proteção ineficiente dos bens jurídicos constitucionais[93].

---

[91] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011. p.63.

[92] "o Direito Penal não pode tutelar valores meramente morais, religiosos, ideológicos ou éticos, mas somente atos atentatórios a bens jurídicos fundamentais e reconhecidos na Constituição Federal". ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010. p.120.

[93] "A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (...). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de

Não há dúvidas de que o trabalho humano é bem jurídico fundamental de sede constitucional. Ademais, o artigo 1º, inciso IV, da Constituição indica que os valores sociais do trabalho são fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Ocorre que, em relação ao trabalhador soropositivo, considera-se a presença de proteção penal insuficiente. Isto porque o trabalho humano prestado pelo portador de HIV está mais vulnerável à ameaça de despedida arbitrária e o próprio trabalhador exposto à discriminação.

Como inexiste tipo penal próprio que criminalize a conduta discriminatória realizada especificamente por causa da sorologia[94], para que o trabalhador soropositivo não fique completamente desprotegido, seria possível cogitar a possibilidade de configuração do crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

Com efeito, de acordo com o artigo 203, do Código Penal, constitui crime o ato de "frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho", sujeitando o infrator à pena de multa e de detenção, além da pena imposta pela prática do ato de violência.

Observa-se que esta norma penal pretende assegurar a efetividade dos direitos trabalhistas, criminalizando aquele que frustra dolosamente o seu exercício, utilizando-se de meios violentos ou fraudulentos.

Deste modo, o sujeito passivo tutelado pela norma é o trabalhador, titular do direito violado em razão da fraude ou violência praticadas pelo sujeito ativo do delito, com vistas à frustração de direito positivado pela legislação trabalhista.

Por isso, a objetividade jurídica deste delito é complexa, porque a tutela normativa abarca tanto a integridade do trabalhador, nos aspectos físicos e psíquicos, quanto os seus direitos.

Nota-se que qualquer pessoa física pode praticar o crime em questão, desde que tenha a vontade livre e consciente de realizar o núcleo-verbo do tipo penal. Entretanto, a experiência demonstra que quem costuma frustrar o direito subjetivo do trabalhador soropositivo são o seu empregador e/ou os seus companheiros de trabalho.

A realização da conduta "frustrar" exige "o impedimento do gozo, por parte do sujeito passivo, do direito assegurado a ele pelo ordenamento jurídico[95].

observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente". **Supremo Tribunal Federal**. **Habeas Corpus 104410**, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012.

[94] Há criminalização específica em relação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, conforme disposto em lei federal nº. 7.716/89.

[95] ESTEFAM, André **Direito penal: parte especial: arts. 184 a 285.** v.3. São Paulo: Saraiva,

Assim, a conduta criminosa de frustração de direitos do indivíduo soropositivo tem como cerne a discriminação em função exclusiva de seu estado de saúde, que por si só consuma o crime, quando realizada no ambiente de trabalho e que também serve como móvel determinante da prática criminosa de dispensa imotivada baseada exclusivamente no fato de o trabalhador portar o vírus HIV.

Em qualquer uma das modalidades, a privação da fruição dos direitos do o trabalhador soropositivo atenta, essencialmente, contra os princípios constitucionais da dignidade humana, da isonomia jurídica, de vedação do tratamento degradante e da discriminação, bem como da proibição contra despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador[96].

O preconceito, a desinformação ou até mesmo o puro sadismo motivam os atos de discriminação. Esta pode ser praticada explicitamente, com a exclusão social do trabalhador e com a dispensa arbitrária, por exemplo, ou às ocultas, com a prática de assédio moral, utilizado como instrumento indireto para forçar o pedido de demissão[97].

2010.p.89.

[96] A positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro institucionalizou a obrigação de respeito ao ser humano. Na realidade, a Constituição da República Federativa do Brasil estipulou em seu artigo 1º, inciso III, uma determinação, de conteúdo impositivo dotado de duplo aspecto: um positivo, determinando a efetiva atuação do Poder Público mediante promoção da justiça, da igualdade e do bem-comum na produção legislativa, na execução de políticas públicas e na prestação de serviços públicos; e outro negativo, impedindo a abstenção do Estado no que diz respeito à efetivação desses postulados e vedando a omissão de seus deveres jurídicos prestacionais, sob pena de inconstitucionalidade. Nessa trilha, quando o artigo 5º, caput, da Constituição da República prevê que "todos são iguais perante a lei", são contempladas duas situações a prescrição da igualdade de todas as pessoas perante o Direito, determinando o tratamento uniforme às situações assim apresentadas e a proscrição da discriminação. Ademais, os incisos III e XLI, do referido artigo, determinam, respectivamente, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" e "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Por sua vez, o artigo 7º, inciso I, determina que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

[97] "Na esfera trabalhista, a notícia da presença de um portador do HIV no quadro de funcionários, por si só, causa um mal-estar no seio da organização". PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar.** São Paulo: LTr, 2008. p.255. Por isso, em atenção à constitucional da intimidade e da vida privada, o portador do vírus pode optar por "manter em sigilo a sua condição sorológica no ambiente de trabalho, como também em exames admissionais, periódicos ou demissionais". Ademais, "ninguém é obrigado a contar sua sorologia, senão em virtude da lei", e esta "só obriga a realização do teste nos casos de doação de sangue, órgãos e esperma", razão pela qual a "exigência de exame para admissão, permanência ou demissão por razão da sorologia positiva para o HIV é ilegal e constitui ato de discriminação",

Por tratar-se de crime de forma livre, as fraudes ou o emprego de violência podem ser praticados das mais diversas formas. Entende-se por violência tanto a agressão dirigida ao corpo do trabalhador quanto aquela que atinge a sua integridade psíquica, como a ameaça de mal grave e a tortura psicológica. Por sua vez, a fraude restará caracterizada quando o sujeito ativo do delito iludir o trabalhador mediante utilização de artifício falacioso, alterando, propositadamente, a livre e percepção da realidade, "formando na mente do sujeito passivo uma errônea compreensão dos fatos, de modo a fazê-la abdicar de um direito trabalhista ou do seu exercício, consciente ou inconscientemente"[98].

Importante ressaltar que a criminalização da ofensa aos direitos do trabalhador soropositivo depende das normas trabalhistas para completar a sua adequação típica. Porém, inexistem normas trabalhistas com este teor protetivo.

Embora seja desejável e altamente recomendável que a norma penal contenha, em si mesma, o conteúdo prescritivo e sancionador, pode ocorrer que a seja desprovida de um destes preceitos[99].

Isto porque a norma penal incriminadora é composta por dois preceitos: o preceito primário, que contém a descrição típica da conduta proscrita e o preceito secundário, que prevê a cominação da sanção correspondente.

Quando a norma penal contiver preceito secundário determinado e preceito primário pendente de complementação, a ser realizada por outra espécie normativa. Se o procedimento de remissão comportar descrição complementar realizada por espécie normativa da mesma hierarquia, fala-se em norma incriminadora em branco homogênea. Todavia, se a operação de reenvio fundar-se em fonte de status diverso daquele que contempla a incriminação, a norma penal em questão será classificada como norma penal em branco heterogênea.

Realmente, a norma penal em branco apresenta descrição incompleta da conduta criminosa, "necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração

vulnerando ainda mais o trabalhador. BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é Aids.** Disponível em http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv. Acesso em 28 de novembro de 2012.

98 ESTEFAM, André **Direito penal: parte especial: arts. 184 a 285.** v.3. São Paulo: Saraiva, 2010.p.87.

99 Trata-se dos fenômenos da norma penal incompleta e da norma penal em branco, que mais de perto interessa aos propósitos desta exposição. Diz-se incompleta a norma incriminadora que não contém a previsão de sanção determinada em seu preceito secundário, omissão que deverá ser suprida por outra espécie normativa referida pela própria norma que contém o preceito primário, ou então por dispositivo contido na mesma lei, noutra passagem. Tanto a norma penal incompleta quanto a norma penal em branco dependem de integração. Entretanto, a norma penal incompleta poderá ser integrada por outro artigo da mesma lei ou por lei penal em sentido estrito, de hierarquia equivalente ou superior àquela que apresenta incompletude, ao passo em que a norma penal em branco poderá sofrer complementação por diversas espécies normativas. ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010. p.81-2.

ou complementação. Isso vale dizer: a hipótese legal ou prótase é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal. Utiliza-se assim do chamando procedimento de remissão ou de reenvio a outra espécie normativa, sempre em obediência à estrita necessidade"[100].

Desta forma, em relação ao artigo 203, do Código Penal, a parcial indeterminação do preceito primário requer investigação do arsenal da legislação trabalhista para que seja definido o alcance da conduta criminosa praticada, ou seja, será necessário delimitar qual direito assegurado pela legislação do trabalho foi objeto de frustração.

A lei federal nº. 9.029, de 13 de abril de 1995, que prevê a proibição de práticas discriminatórias no âmbito das relações de trabalho, determina, em seu artigo 1º, que "fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor".

Observa-se que, na parte inicial, o legislador pretendeu conceder máxima efetividade ao combate da discriminação, porém, acabou por restringir o alcance da norma, elencando expressamente as razões consideradas como fundamento das práticas discriminatórias: sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Nada referiu sobre a discriminação motivada pelo estado de saúde do trabalhador ou doença que este tenha contraído.

Neste sentido, em razão do princípio da legalidade penal, a discriminação perpetrada contra o trabalhador soropositivo em função exclusiva de ser portador do vírus não poderia configurar o delito de frustração de direito trabalhista por complementação da norma penal em branco com a lei federal nº. 9.029/95.

Não obstante a impossibilidade de realizar a operação de completude para caracterizar o crime previsto no artigo 203, do Código Penal, a jurisprudência é firme no sentido de presumir arbitrária a dispensa imotivada do trabalhador soropositivo[101].

---

[100] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 2008. p.170.

[101] Importante salientar que também não há legislação que assegure estabilidade do portador do vírus HIV. Apesar de a tendência do posicionamento jurisprudencial produzir efeitos semelhantes à garantia de estabilidade do trabalhador, esta não configura direito subjetivo positivo. "Sequer se cogita que deva ser assegurada a todo portador do vírus da AIDS a manutenção do contrato de trabalho indistintamente. Não. O que não pode ser admitido é que a dispensa do empregado seja motivada por discriminação em razão da doença". OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória.** São Paulo: LTr, 2008. p.94.

O conhecimento, pelo empregador, acerca do estado de saúde do trabalhador alimenta a presunção relativa de ilegalidade da dispensa, caracterizando o *abuso* do direito de despedir. Presume-se arbitrária a ruptura do vínculo em face da soropositividade, cabendo ao empregador o ônus de provar a diversidade da motivação que ensejou a despedida[102].

Por isso, afirma-se que a dispensa fundada na discriminação do trabalhador viola os limites da igualdade, da razoabilidade, da Constituição da República e da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a qual considera-se arbitrária a despedida que não guarde relação com os motivos legais[103].

Com efeito, tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador de HIV, resta caracterizado o abuso por parte do empregador. E, diante da proibição da utilização de critérios distintivos inadequados e arbitrários, a dispensa imotivada do trabalhador soropositivo é nula, conduzindo ao restabelecimento da relação trabalhista, reintegrando o trabalhador às suas atividades ou ressarcindo-o pelos prejuízos materiais da dispensa, sem prejuízo da indenização por danos morais, permitindo que o trabalhador mantenha "condições dignas de sobrevivência pessoal e familiar, ao mesmo tempo em que se desestimula a despedida motivada apenas pelo preconceito, e não por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro"[104].

---

[102] **Tribunal Superior do Trabalho**: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A decisão recorrida não apresenta nenhuma irregularidade. A Corte de origem entregou a prestação jurisdicional de forma harmônica e zelosa, com todos os fundamentos necessários à compreensão da controvérsia. ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV. A jurisprudência desta Corte estabelece que o empregado portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. **AIRR 133800-21.2007.5.15.0137**, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 22/08/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 24/08/2012. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 30 de novembro de 2012.

[103] KHAMIS, Renato Mehanna. **Dano moral: dispensa imotivada de portador do vírus HIV.** São Paulo: LTr, 2002. p.80-4.

[104] **Tribunal Superior do Trabalho**. "RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico nacional e internacional (CF, art. 1º, III e IV, e Lei nº 9.029/95; Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho) contempla regras que vedam práticas discriminatórias para efeitos admissionais e de manutenção da relação jurídica de trabalho. 2. Em consonância com tal regramento, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é firme no sentido de que, ciente de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório, e arbitrário, o exercício do direito potestativo de dispensa pelo empregador, salvo na hipótese de resolução motivada do contrato de trabalho. 3. No caso presente, evidenciado que o empregador abusou de seu direito ao despedir empregado acometido de doença grave, anula-se o ato e

Além do mais, todo o gênero de condutas discriminatórias praticadas contra o trabalhador soropositivo viola a Recomendação nº. 200, da Organização Internacional do Trabalho, cujos itens 10 e 11, respectivamente, dispõem que "o estado sorológico de HIV, real ou suposto, não deveria ser motivo de discriminação para a contratação ou manutenção do emprego, ou para a busca da igualdade de oportunidades compatíveis com as disposições da Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupação), de 1958" e que "o estado sorológico de HIV, real ou suposto, não deveria ser causa de rompimento da relação de trabalho".

Ocorre que a natureza jurídica deste documento não seria compatível com a operação de remissão normativa para fins de complementação de norma penal em branco em sentido heterogêneo.

Tratando-se de Recomendação, na real acepção do termo, a sua utilização como fonte de complementação impediria a realização de adequação típica necessária à consumação do crime de frustração de direito trabalhista, pois a norma em questão estabelece o conteúdo mínimo desejável como meta a serem cumpridas pelos países. Assim, *sugere* a adoção de determinados comportamentos e a não adoção de outros, sem, contudo, definir expressa vedação às práticas ou proibi-las.

Por outro lado, cogita-se que a adequação típica do crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, previsto no artigo 203, do Código Penal poderá ser completada pela Convenção nº. 111, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil com a promulgação do decreto federal nº. 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

De acordo com o artigo 1º, item 1, aliena "b", desta Convenção, entende-se por discriminação a "exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão".

Desta forma, também estaria englobada pela Convenção nº. 111, da Organização Internacional do Trabalho a prática de discriminação em razão

---

determina-se a reintegração do reclamante no emprego, permitindo-lhe manter condições dignas de sobrevivência pessoal e familiar, ao mesmo tempo em que se desestimula a despedida motivada apenas pelo preconceito, e não por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Recurso de revista conhecido e provido. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ATO DE EMPREGADO. ART. 932, III, DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A conduta de empregados da empresa que, no ambiente de trabalho, fazem -brincadeiras de mau gosto- sobre a opção sexual de outro empregado, revela-se ofensiva à dignidade pessoal da vítima, fazendo surgir a responsabilidade objetiva do empregador e consequente obrigação de compensar o dano moral daí decorrente, na forma do art. 932, III, do Código Civil. Valor da indenização que se arbitra em R$ 35.000,00, consideradas as circunstâncias do caso e os precedentes da Corte em situações análogas. Recurso de revista conhecido e provido. **RR 281540-92.2005.5.02.0014**, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 19/09/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 21/09/2012. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 30 de novembro de 2012.

do estado de saúde do trabalhador soropositivo ocorrida no ambiente em que exerce sua atividade laborativa.

Diante disso, é possível afirmar que existe, no ordenamento jurídico, norma que proíbe a discriminação do trabalhador soropositivo.

Com efeito, a proscrição da discriminação no local de trabalho, além da sede constitucional, possui amparo na Convenção nº. 111, da Organização Internacional do Trabalho, a qual pode ser utilizada para colmatar a norma penal em branco do artigo 203, do Código Penal.

Portanto, apesar de depender de certo exercício hermenêutico e operações de reenvio normativo, pode-se concluir que, embora tímida (e insuficiente), há tutela do trabalhador soropositivo no âmbito criminal, a qual pode ser genericamente compreendida no delito de frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista.

4 Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que o diálogo normativo entre o Direito Penal e o Direito do Trabalho é necessário para que haja tutela criminal do trabalhador soropositivo.

A inexistência crime específico contra a discriminação do trabalhador portador do vírus HIV permite cogitar proteção legislativa insuficiente. Porém, para que o trabalhador não fique completamente desamparado e os seus algozes não permaneçam impunes, seria possível enquadrar a conduta discriminatória na situação prevista pelo artigo 203, do Código Penal, hipótese em que a criminalização depende de complementação a ser realizada por normas que contemplem conteúdo de tutela trabalhista.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Direito penal do trabalho.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 6 ed. São Paulo: LTr, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** v.1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é Aids.** Disponível em http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv. Acesso 29 de novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.sft.jus.br. Acesso em 29 de novembro de 2012.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em 28 de novembro de 2012.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. **Direito penal: parte especial: arts. 184 a 285.** v.3. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____.; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; CAMPOS, Pedro Franco; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Direito penal aplicado.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho.** Atualizado por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KHAMIS, Renato Mehanna. **Dano moral: dispensa imotivada de portador do vírus HIV.** São Paulo: LTr, 2002.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Aspectos jurídicos da AIDS** *in* Revista dos Tribunais v.661. ano 79. pp.14-21. São Paulo: RT, 1990.

MENDES, Marco Antonio Miranda. **Proteção jurídica contra a discriminação do empregado com AIDS** *in* Revista Síntese Trabalhista n. 142. v.12. pp. 116-124. Porto Alegre: Síntese, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. **Iniciação ao direito do trabalho.** 36 ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória.** São Paulo: LTr, 2008.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar.** São Paulo: LTr, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos.** São Paulo: LTr, 2004.

VARELLA, Drauzio; JARDIM, Carlos. **Aids. Guia prático de saúde e bem-estar.** Barueri: Gold, 2009.

RESPONSABILIDADE SOCIAL: ENTRE O PROPOSTO E O PONDERÁVEL

Patrícia Garcia dos Santos[105]
William Rodrigues Dantas[106]

Pensar estratégias empresariais sob o ponto de vista da responsabilidade social faz parte, atualmente, de uma necessidade de sobrevivência no mercado globalizado. Essa conveniência provoca, muitas vezes, uma apropriação da idéia de responsabilidade menos precisa do que utilitária. Sob essa perspectiva, empresas vêm investindo em uma série de atitudes identificadas como engajadas, buscando conquistar o público consumidor, atrair novos investidores e cumprir as exigências de um mercado cada vez mais competitivo. No entanto, algumas ações vistas como inovadoras e modelares, são na realidade mais do que um avanço político ou uma imposição econômica, garantias jurídicas asseguradas à luz do direito contemporâneo, e deveriam passar de exemplos a práticas reguladas.

A análise que segue, pretende discutir dentre o universo dessas novas práticas incorporadas pelas empresas brasileiras exclusivamente as que procuram disseminar um ambiente de trabalho mais democrático e heterogêneo, em especial no que tange o respeito às diferenças e a criação de políticas de prevenção, informação e convivência direcionada aos trabalhadores portadores de HIV, procurando reforçar o argumento inicial de que independente de previsão legal expressa, há um entendimento comungado pelas instituições internacionais e disseminado pelos tribunais trabalhistas de que a responsabilidade do empregador, em muitas situações, se estende a situações inicialmente não previstas pelo legislador, mas consoantes com uma idéia contemporânea e mais dinâmica de justiça.

A interpretação extensiva dos Princípios Constitucionais que atribui aos mesmos força normativa, definida como neoconstitucionalismo, é o ponto de partida dessa análise, uma vez que os preceitos que apresentam o trabalho como um dos pilares do Estado Brasileiro, asseguram ao cidadão trabalhador a possibilidade de sobreviver com dignidade e liberdade através do exercício

[105] Doutoranda em Direito e Sociologia pela UFF.

[106] Graduando em Direito pelo Ibmec.

do seu trabalho, determinam que o local de trabalho seja um ambiente seguro e vedam tratamento diferenciado em virtude de fator desqualificante, como previsto expressamente nos incisos XXX e XXXI do art. 7º da CF, que proíbe a discriminação no ambiente de trabalho por motivo de sexo, cor, idade, estado civil, ou deficiência, e são fundamentais para compreender a responsabilidade que decorre da relação de trabalho e limita a autonomia privada em prol do interesse coletivo.

Nesse sentido, uma empresa só pode ser percebida como socialmente responsável à medida que assegura uma atmosfera de justiça nas relações de trabalho, que trata seus trabalhadores como pessoas dignas de respeito e consideração, paga salários que permitam condições de vida razoável, estimula o trabalho em equipe e relacionamentos solidários e se engaja em ações públicas que visam reforçar a concepção de democracia. Qualquer prática diferente disso, além de caminhar na contramão da realidade econômica, política e social, corre o risco de infringir as normas constitucionais, as convenções internacionais e enfraquecer os pilares da democracia. Para muitos teóricos da administração, aproveitando o discurso da conveniência, um passo incorrigível para o fracasso do negócio.

Breves considerações sobre a responsabilidade social e trabalho decente

De acordo com o Livro Verde da Comissão Européia, a responsabilidade social está presente quando as empresas decidem, voluntariamente, contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo. Com base nesse pressuposto, a gestão das empresas não pode, e não deve, ser norteada apenas para o cumprimento de interesses dos proprietários das mesmas, sendo imprescindível uma conssonância com interesses mais amplos de todos os agentes envolvidos, em especial trabalhadores, comunidades locais, clientes, fornecedores, autoridades públicas, concorrentes e a sociedade em geral.

Diversos autores que tratam do tema esclarecem que o conceito de responsabilidade social deve ser inicialmente entendido sob dois aspectos: o interno, que relaciona-se com os trabalhadores e, mais genericamente, com todas as partes interessadas afetadas pela empresa e que, por seu turno, podem influenciar no alcance de seus resultados; e o externo, que leva em conta as conseqüências das ações de uma organização sobre os seus componentes externos: ambiente, parceiros de negócio e poder público.

Ao se pensar em responsabilidade social presume-se, desta forma, a exploração de trabalho decente. Na definição da OIT, o trabalho decente é o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da Organização: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;

eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; e eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, com a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.

Verifica-se, no entanto, que a efetivação do trabalho decente no Brasil enfrenta obstáculos históricos, como comprovam as estatísticas que indicam a permanência de tratamento desigual entre homens e mulheres em mesmos postos de ocupação, uma realidade em que mais da metade da população recebe menos de um salário mínimo, e a ineficiência na erradicação do trabalho escravo e infantil, ressaltando-se que a geração do trabalho decente, e, portanto, de uma postura empresarial responsável, perpassa pela concretização da idéia de que "homens e mulheres aspiram a um trabalho produtivo em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade".

Proteção legal ao trabalhador portador do HIV

Ao iniciarmos a análise sobre a qualidade da tutela assegurada aos trabalhadores brasileiros pela Carta Politica de 1988 é necessário assentar os termos essências dessa Constituição. O 'contrato' nacional firmado pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988 faz parte de um momento de transição do Estado Brasileiro. Momento em que o país superava o período de arbítrio e dava seus primeiros passos em direção a democracia moderna. Situado nesse momento histórico, a Constituição de 1988 é ambivalente, tanto se projeta para o futuro como documento perene que se pretende toda constituição, como permanece ligada e influenciada pelo passado, construindo uma verdadeira teia de direitos e garantias constitucionais que servem como um bloqueio, uma barreira à repetição dos mesmos equívocos ditatoriais. Por isso temos uma Constituição prolixa e rígida[107].

Se tratando do tema em análise é importante ressaltar que as proteções constitucionais do trabalhador portador do HIV/Aids não são diferentes das de um trabalhador comum. Mas a aplicação da proteção e uma discussão institucional sobre a questão envolve, em sua concretização, outros fatores não jurídicos como preconceito, fundamentalismo religioso, falta de informação adequada sobre saúde, prevenção e contágio, entre outros. Ou seja, proteger o trabalhador soropositivo perpassa, essencialmente, pela plena efetividade e

[107] Prolixa por pormenorizar, reforçando em seus títulos especiais, quais seriam os princípios norteadores do Estado Brasileiro, determinando a forma e o sistema de governo, o modo de aquisição e de exercício do poder, sua estrutura institucional, os limites de ação, os direitos fundamentais do homem assegurados por esse Estado e suas respectivas garantias. E rígida por só permitir alterações em seu conteúdo através de processos e procedimentos solenes e especiais.

materialidade dos direitos e garantias constitucionais universais do trabalhador, e não só pelos clássicos e imediatos direitos trabalhistas e previdenciários, e lidar com a questão e todos os dilemas que a acompanham é suscitar o debate permitindo avanços nesse contexto.

A Carta Política de 1988, elenca entre os elementos constitutivos do Estado nacional, dentre outros: a **cidadania**, a **dignidade da pessoa humana** e o **valor social do trabalho**. Ou seja, o Estado brasileiro se realiza no respeito a cidadania, na busca, acesso e respeito a dignidade de toda e qualquer pessoa humana, sem qualquer tipo de distinção, inclusive as endêmicas, e no valor social do trabalho, ou seja, não só na mera relação empregado-empregador, em que um fornece sua capacidade laboral e o outro recompensa-o com pecúnia, mas no valor sócio-humanistico do trabalho, que contemporaneamente pode ser materializado com os conceitos do trabalho decente. Sobre essa natureza sócio-humanistica do trabalho corrobora o texto constitucional ao elencar o trabalho como um dos direitos sociais definidos na Carta. Cada vez que esses priorados são violados ou ameaçados, o Estado Democrático Brasileiro é posto em cheque.

No mesmo diploma legal encontramos asseverado que as relações internacionais estatais serão regidas pela **prevalência dos direitos humanos,** e que as garantias fundamentais elencadas exemplificativamente no rol do artigo 5º não excluem outras, decorrentes - entre outras fontes - de tratados e convenções internacionais. E estes tratados e convenções, quando versarem sobre Direitos Humanos, e internalizados sob o rito legislativo de Emenda Constitucional valerão como norma constitucional. Ou seja, apesar de rígida no seu escopo geral, a Constituição brasileira em matéria de diretos humanos se comporta como uma esponja que absorve gradativamente as inovações e os novos direitos, ratificando a prevalência dada a garantia da dignidade e dos direitos do homem e do cidadão – e abrigo prioritário dos direitos do trabalhador soropositivo, visto que a não discriminação é um dos postulados humanos mais básicos.

Nesse esteira, é emblemático o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, que aborda a proteção do trabalho e do trabalhador face a demissão imotivada, com texto original de 1988. Aqui é preciso abrir uma interseção entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. O texto do artigo 7º dialoga com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que data de 1982, foi ratificada pelo Congresso brasileiro em 1995 – sete anos depois da Constituição consagrar o que a Convenção fixou seis anos antes. Em suma, tanto o texto constitucional quanto a Convenção blindam o trabalhador contra a demissão imotivada, ou sem 'justa' causa, que caracteriza a dispensa arbitrária e muitas

vezes abusiva por parte do empregador, sem a necessidade de justificar o ato.

Contudo, o trabalhador brasileiro não goza dessa proteção convencional, porque em 1996, no ápice da agenda neoliberal e do Estado Mínimo estabelecido pelo Governo FHC, a Convenção 158 da OIT foi denunciada pelo Brasil, ou seja, o Brasil deixou de aplicar e submeter-se a ela. Restando apenas o artigo 7º e a construção interpretativa jurisprudencial firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre o texto da lei como bases de segurança contra o livre-arbítrio do empregador. A jurisprudência interpreta o artigo 7º da seguinte forma: ela o divide em casos de dispensa discriminatória, em que havendo ausência de regulamentação aplica-se o disposto nos artigos 8º e 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e o caso da dispensa obstativa de direito, ou seja, aquela que afasta o trabalhador do exercício da sua capacidade laborativa, impedindo seu acesso aos direitos trabalhistas e previdenciários, e em ultima ratio ao gozo do valor social do seu labor.

Nesse caso, em se tratando de trabalhadores soropositivos o obstáculo ao acesso a estes direitos ganha contornos mais dramáticos visto a situação de fragilidade em que se encontra o mesmo. Por isso a jurisprudência trabalhista considera nula de pleno direito essa modalidade de dispensa, conforme declarou o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) em sede de Recurso Ordinário[108] e o coloca no rol dos trabalhores dotados de estabilidade especial, assegurando a reintegração ao posto ocupado. Com a narrativa feita nessa interseção fica nítida a defesa hermenêutica do trabalhador, para além do texto legal explicito, ou seja, a inserção do neoconstitucionalismo na tutela do trabalhador.

Mas o artigo 7º vai além da dispensa imotivada, ele veda a prática discriminatória na admissão, fixação de salários e tratamento por questão de raça, sexo, idade estado civil ou deficiência do trabalhador. E aqui transparece um ponto nevrálgico da vida do trabalhador soropositivo: o exame compulsório na admissão, que pode servir de subterfúgio para a não contratação, mesmo quando permanece velada essa justificativa (o que aliás ocorre na maioria dos casos, uma vez que a empresa não precisa justificar o resultado da seleção). Mas de plano podemos afirmar que tal medida é de inconstitucionalidade flagrante. Ferindo a dignidade da pessoa humana, os parâmetros de admissão isonômica e o direito à privacidade que todo cidadão possui.

Por fim, os artigos 170 e 193 da Constituição que tratam da ordem econômica e social elencam o trabalho entre os mais elevados postulados do Estado, e um meio de alcançar o bem estar e a justiça social. Se assim o é, o mercado de trabalho deve materializar o mais fraterno, saudável, equânime, isonômico e plural núcleo social de convívio humano, sem prejuízo de seu

[108] RO-02.920.254.140

aspecto econômico-financeiro. O respeito, a observância e a construção de novas e modernas práticas por parte dos empregadores que tenha como norte esse compilado arcabouço constitucional da tutela do trabalho são embriões de uma nova sociedade. No entanto, como ilustram os dados que se seguem, inicialmente muito mais uma utopia.

Por novas práticas empresariais

De acordo com estudo realizado pelo Conselho Empresarial Nacional para Prevenção ao HIV/Aids (CenAids) em parceria com o Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids, em 2012, de 2.486 empresas avaliadas, distribuídas em todo o território nacional, 8% declararam ter feito doações nos últimos três anos às causas relacionadas à aids, e 14,2% afirmaram ter realizado alguma espécie de ação de prevenção nos últimos 12 meses no ambiente de trabalho, em regra em forma de palestras, onde os temas mais abordados foram: modos de transmissão e prevenção, incentivo ao uso de preservativos, apoiando o aconselhamento e a testagem voluntária.

Também foram apontados dados bastante relevantes em termos de proteção e redução do estigma e da discriminação dos trabalhadores portadores do HIV, tendo 88,2% das empresas participantes assegurado a manutenção do trabalhador enquanto apto clinicamente, oferecendo aconselhamento (80,2%), coibindo com medidas disciplinares a discriminação pelos colegas (71,8%), fornecendo plano de saúde (69,3%) e vedando o requerimento de exames e atestados de HIV/Aids aos candidatos ou empregados. As empresas que demonstraram menor preocupação com o assunto foram as de pequeno porte, percebendo-se que as áreas de maior incidência da Aids na população ativa apresentaram um perfil de empresas mais atuantes, tendo as mesmas reconhecido o impacto que o problema gera a longo e a médio prazo para o lucro e o crescimento empresarial.

No entanto, dados colhidos pelo Ministério da Saúde com 2.440 empresas de pequeno e médio porte a respeito da postura empresarial diante do avanço da doença constatou uma ignorância generalizada a respeito das atitudes a serem tomadas pelo mercado privado. Das 85,5% empresas que vetam programas internos de prevenção as justificativas mais comuns apresentadas alegam o estado civil e a opção sexual de seus funcionários como blindagem para a ocorrência da Aids. As informações são parciais e foram divulgadas durante o Congresso Brasileiro de Prevenção às DST's e à Aids, realizado em São Paulo no início do ano.

Na contramão do preconceito o CenAids reúne atualmente 17 empresas de variados setores do Brasil e atua em parceria com o Governo Federal para levar a prevenção da doença ao ambiente de trabalho. A medida está na ordem do dia, uma vez que 90% dos soropositivos do Brasil estão em idade produtiva, entre 18 e 45 anos, o que fez a Organização Internacional do Trabalho (OIT) lançar diretrizes para que os empregadores adotassem medidas preventivas. As diretrizes já foram incluídas na legislação ordinária e o estatuto que exige a implantação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa) pelas empresas prevê que, ao menos uma vez ao ano, sejam realizadas campanhas internas de prevenção à aids no ambiente de trabalho.

A medida legal é emblemática, mas claramente insuficiente quando problemas maiores em termos de fiscalização às garantias fundamentais que atendem a todos os trabalhadores brasileiros e, em especial, aos portadores de HIV, evidenciam que a inflação legal não é garantia de uma realidade de trabalho mais justa. Parafraseando José Afonso da Silva, "não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social".[109] Sendo assim, não há como acreditar que a preciosidade legal de uma constituição que se propõe "cidadã" e traz diversos preceitos que estendem a cidadania ao ambiente de trabalho seja o fim, mas eminentemente um instrumento precioso de provocação e de luta, e, quem sabe, um belo começo.

[109] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2012, p. 42.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CHEIBUB, Zairo e LOCKE, Richard. **Valores ou Interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas.** Rio de Janeiro: Editora UFF, 2010.
Endereços Eletrônicos: http://www.cenaids.com.br/empresas_participantes.asp

AIDS E ÉTICA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: O DIREITO E A CIDADANIA EMPRESARIAL NA TUTELA DAS MINORIAS

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr[110]
Mara Vidigal Darcanchyy[111]

1 Considerações iniciais

Para tratar de questões emergentes, é preciso lançar um olhar sobre a realidade e contextualizá-la, na medida dos elementos que compõem o concreto da vida e de que maneira ela se realiza no mundo atual. A sociedade industrializada elegeu o trabalho como mola propulsora do desenvolvimento, da inclusão social, da própria condição de ascensão dos indivíduos na sociedade de massas e durante longo tempo, a empresa se caracterizou por uma atitude apartada do meio social, criando suas próprias condutas e discursos.

No entanto, hoje, emerge a necessidade de investidores, empresários, governos e demais atores sociais se adaptem às situações que permeiam a relação de trabalho, para que, devido às possíveis crises sociais e econômicas e alterações paradigmáticas, o colaborador, não volte a ser tratado como no início dos tempos, sem qualquer ética, proteção ou respeito à sua dignidade humana.

Considerando-se que os princípios gerais ou básicos da ética são universais, transcendem o tempo e o espaço, atingem a um sem número de destinatários e refletem a imprescindibilidade da convivência, da comunicação, da ajuda mútua, do intercâmbio e da tolerância entre os indivíduos, entre os povos e entre as gerações[112].

[110] Doutora em Direito do estado pela PUC/SP, Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Advogada. viviane@sellosknoerr.com.br

[111] Pós-Doutora em Direito (UniPg/IT); Mestre e Doutora em Direito do Trabalho (PUC/SP); Especialista em Didática do Ensino Superior e em Direito do Trabalho (USP). Parecerista. mdarcanchy@gmail.com

[112] Neste sentido, leia-se: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-389-Viviane_

O presente trabalho, desta forma, tem por objetivo descortinar uma das janelas da realidade laboral, no intuito de se colocar em destaque a importância da ética no tratamento do trabalhador soropositivo, tanto por parte do empregador quanto de todos os integrantes do meio ambiente de trabalho, sendo, portanto, propósito deste artigo o de fomentar a reflexão a partir de três tópicos que o compõem, a saber, *Aids, Ética e Meio ambiente*, em que se coloca a fundamentação para o direito ao trabalho e à respectiva manutenção das mínimas condições de respeito à vida, ao ser humano e em especial, ao trabalhador soropositivo.

2 Trabalhador soropositivo

No Brasil os primeiros casos de HIV surgiram no início da década de 1980 e o coquetel em 1995, mas até hoje a cada ano quase 40 mil brasileiros se infectam. Isso, para não entrar na discussão sobre os interesses que estão por trás da triste realidade de uma África com 25% de sua população já infectada pelo HIV e de imigrantes que estão entrando no Brasil, principalmente pelo estado do Acre, o qual neste início de 2013 declarou-se oficialmente em estado de alerta social, pelo enorme número de imigrantes africanos, haitianos, bolivianos, entre outros, que estão ali vivendo, em condições de total miserabilidade, utilizando sanitário único e coletivo, totalmente imundo, além de outras condições de total abandono, estão trazendo muitos focos de contaminação de doenças e possivelmente contrairão várias outras, entre as quais a Aids. [113]

A vida de qualquer trabalhador doente é sempre muito difícil, porém, uma pessoa com HIV tem uma dupla carga emocional visto que, na maioria das vezes, ao contrário de qualquer outro trabalhador, não pode expor sua doença[114].

Um trabalhador que contraia qualquer doença física ou emocional, uma doença incapacitante ou que sofra um acidente de trabalho tem essa redução de condições físicas considerada, no seu ambiente laboral, como uma situação que o faz parecer uma vítima aos olhos dos colegas. Contudo, o trabalhador que, independente das razões, se infecta pelo vírus HIV não é visto "com bons olhos" no seu ambiente de trabalho, pelo contrário, mesmo em pleno século XXI ainda é discriminado, rechaçado e humilhado pelos colegas e pelos seus superiores.

Coelho_de_Sellos_Gondim.pdf

[113] O governador do Acre, Tião Viana, decretou nesta data (09/04/2013) estado de emergência nos municípios de Brasileia e Epitaciolândia. Duas cidades que fazem fronteira com a Bolívia e são as duas principais portas de entrada de imigrantes ilegais haitianos e de outras nacionalidades.

[114] Apresenta o Prof. Dr. Eduardo Milléo Baracat: http://www.anamatra.org.br/artigos/a-discriminacao-ao-trabalhador-com-hiv-aids

A Constituição reflete os valores e princípios éticos perseguidos por um povo, norteando as regras delimitadoras da ação humana em um dado território e assegurando sua soberania em face à comunidade internacional, além de fixar as regras gerais de conduta do próprio Estado perante os demais Estados e povos[115].

Por outro lado, a Constituição brasileira prevê que não haverá nenhuma forma de discriminação, contudo, não tem como determinar sanções às discriminações veladas que ainda existem no cotidiano das pessoas que vivem com AIDS.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu que a saúde do trabalhador devesse assimilar o conceito ampliado de "completo bem-estar físico, mental e social, não apenas ausência de doença ou outros agravos". Dessa premissa percebe-se que a dignidade do trabalhador, no seu ambiente de trabalho, constitui conquista de uma etapa diferenciada de tutela. Com efeito, um *locus* de trabalho saudável é aquele aonde qualquer pessoa que tenha a intenção de trabalhar, de desempenhar uma determinada atividade, cujo trabalho seja útil à empresa, seguindo os aspectos organizacionais e ordenamentos internos, possa fazê-lo sem sofrer discriminação alguma, menos ainda por motivo de doença.

3 Contaminação no meio ambiente de trabalho

Há, contudo, outra situação, relativa a contaminação do trabalhador. A situação abaixo descrita é uma das que ocorrem por falta ou utilização inadequada de equipamento de proteção individual - EPI, quando é possível que se contraia o vírus no próprio ambiente de trabalho. Ocorre em geral com os trabalhadores em laboratórios, hospitais, entre outros, que manipulam sangue contaminado, mas pode ocorrer em qualquer ambiente de trabalho.

Nesses casos prevalece o entendimento da responsabilidade objetiva da empresa, pois, não é necessário que se comprove que houve culpa da empresa, porque mesmo que ela tenha tomado todos os cuidados, trata-se de um risco da própria atividade econômica por ela exercida. Como aconteceu no ano passado (2012), em Porto Alegre, quando uma auxiliar de enfermagem se contaminou com material biológico de paciente portador do vírus HIV, durante coleta de sangue[116].

A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST indeferiu recurso do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, condenado a indenizar uma auxiliar de

[115] Leia-se neste sentido: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf

[116] Como já noticiado: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-14472010000400002

enfermagem que foi contaminada pelo vírus da AIDS, em acidente de trabalho. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região (RS), com base em laudo pericial, considerou correta a sentença que fixou o valor da indenização em R$ 145 mil. A Turma manteve a decisão do Regional, já que, para conclusão diferente, seria necessário o reexame das provas, o que é vedado pela Súmula 126 do TST. Os exames realizados após o ocorrido não apontaram contaminação. No entanto, seis meses depois do fato, o resultado foi positivo para o vírus HIV.

A empregada passou por exame pericial que apontou que a doença decorreu de acidente de trabalho. Com base na conclusão do perito, a sentença condenou o Hospital das Clínicas a indenizar a auxiliar de enfermagem por dano moral. Indignado com a condenação, o Hospital recorreu ao TRT do Rio Grande do Sul, afirmando ter adotado todas as medidas de segurança e proteção para evitar o acidente, que ocorreu por culpa exclusiva da auxiliar de enfermagem. Sustentou ser improvável que a contaminação tenha ocorrido em razão do acidente, já que somente houve a reação mais de seis meses depois do fato. Suas alegações não foram acolhidas pelo Regional, que concluiu que a atividade desenvolvida pela empregada é considerada de risco, pois há grande probabilidade de causar dano a alguém.

Nesse caso, existe a responsabilidade objetiva do empregador, sendo, portanto, devida indenização independentemente de culpa, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. "A indenização não decorre da ação ou omissão para gerar o direito, porque ele advém tão somente do exercício da atividade de risco", destacou o Regional.

Em Recurso de Revista ao TST, o Hospital das Clínicas garantiu que não foram produzidas provas da sua responsabilidade para a ocorrência do acidente. E atacou o valor fixado para a indenização, afirmando que este "ultrapassou os limites do bom senso". A relatora, desembargadora convocada Maria das Graças Silvany, explicou que a decisão do Regional teve como base as conclusões do perito, que afirmou que a doença foi adquirida em razão do acidente de trabalho. Pois, não obstante o fato de a soroconversão para o HIV ocorrer na maioria das vezes até 40 dias após o contato, esta pode se manifestar em até um ano.

Para se alterar tal conclusão, seria necessário o reexame dos fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n° 126 do TST. A relatora concluiu, dizendo que o valor fixado para a indenização por dano moral levou em consideração não só o prejuízo sofrido pela empregada, mas também o caráter pedagógico da condenação. Processo: RR-135200-72.2008.5.04.0030[117]

[117] *FONTE: SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.* Disponível em:
[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20135200-72.2008.5.04.0030&base=acordao&numProc

4 Discriminação

A discriminação especificamente direcionada à infecção por HIV/AIDS tem relação com o seu surgimento na história da humanidade, o qual se deu em um contexto pós-revolução sexual no ocidente e se concentrou inicialmente em coortes populacionais já socialmente estigmatizados, como homossexuais, que naquela época chegaram a ser classificados como "população de risco", conceito superado pela distribuição do vírus pela população.

A jurisprudência do TST, tendo por base a CF/88, art. 1º, incisos III e IV, a Lei 9.029/1995 e a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que vedam práticas discriminatórias para efeitos admissionais e de manutenção da relação de emprego, tem sido voltada para o entendimento de que salvo na hipótese de justa causa, toda dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV, cujo empregador está ciente da doença, é presumida como discriminatória e arbitrária.

Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus...

Neste sentido, o panorama do progresso material que parecia inesgotável e a revolução tecnológica que introduziu na sociedade uma alteração de grandes consequências para as relações humanas podem ser questionados[118]. Visto que devem ser novas as condutas para o enfrentamento de uma crise que expressa fundamentalmente a quebra de alicerces de um modelo de desenvolvimento que está em risco.

Dessa forma, o mundo contemporâneo se vê às voltas com premência de rever conceitos, noções, realidades que estão ligadas ao mundo do trabalho e seu meio ambiente, às forças produtivas, às condições de proteção dos que produzem, e, por uma questão de sobrevivência no mercado, uma nova mentalidade que exige da empresa uma postura mais humana, uma atitude responsável diante do seu cliente ou consumidor, em todo e qualquer ramo de atividade.

Int=224877&anoProcInt=2010&dataPublicacao=22/06/2012%2007:00:00&query=]. Acesso em: 09/04/2013.

[118] Destaca-se a leitura: http://jus.com.br/revista/texto/7989/responsabilidade-social-da-empresa

4.1 Leis estaduais

No Espírito Santo a Lei estadual n. 7.556, de 10 de novembro de 2003 proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV ou as pessoas com AIDS; em Goiás a Lei estadual n. 12.595, de 26 de janeiro de 1995 veda e penaliza qualquer ato discriminatório em relação às pessoas com HIV/AIDS; em Minas Gerais a Lei estadual n. 14.582, de 17 de janeiro de 2003 proíbe a discriminação contra portador do HIV e pessoa com AIDS nos órgãos e entidades da administração direta e indireta do estado; no Paraná a Lei estadual n. 14.362, de 19 de abril de 2004 veda a discriminação aos portadores do vírus HIV ou a pessoas com AIDS; no Rio de Janeiro a Lei estadual n. 3.559, de 15 de maio de 2001 estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem portadores de vírus HIV, sintomáticos e assintomáticos e em São Paulo a Lei estadual n. 11.199, de 12 de julho de 2002 proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV ou às pessoas com AIDS.

5 Meio ambiente socialmente responsável

A constituição da empresa não diz mais respeito exclusivamente aos seus proprietários ou ao nicho a que se destina, ela pertence a uma cadeia de relações, tanto do ponto de vista social quanto no que concerne à utilização dos recursos e, mais a fundo, no que tange a suas posturas no contexto social.

A empresa socialmente constituída tem um papel modificador de estruturas, os valores e comportamentos das novas gerações têm deixado bem claro que se espera muito mais de todos, que se exige muito mais também, porém a diferença está no *modus vivendi,* ou seja, a humanidade está chegando, enfim, a conclusão de que é mais importante o tempo de vida, lazer e saúde do que o tempo de trabalho, por isso, a inclusão laboral do trabalhador soropositivo será mais ampla a cada dia.

O meio ambiente está sofrendo uma profunda mudança em seu conceito[119]. A vida humana está estabelecida visceralmente ao meio em que se constitui. Todas as relações humanas, todas as suas determinações, todas as causalidades e efeitos sociais estão em vinculação direta ao meio ambiente. Todas as formações sociais, todo o modo de vida, a condição humana de sua atividade na transformação do mundo em produção material e simbólica estão compreendidas no meio ambiente. O trabalho é uma condição da socialização humana, toda forma de ação sobre a natureza no sentido de transformá-la em

[119] SÉLLOS, Viviane (Org.); DARCANCHY, M. V. (Org.). Cidadania, ética e responsabilidade social. 01. ed. Rio de Janeiro: Editora Clássica, 2012. v. 01.

produto de uso e de troca só pode ser realizado no âmbito social[120]. Pois é na sociedade e com ela que estão fixadas as relações de consumo, de troca, de produção, de modo geral, mesmo que um único indivíduo seja responsável pela produção de algo, em algum momento este processo se dissipa no contexto de uma determinada coletividade.

Logo, o trabalho deve significar para o indivíduo além da garantia de renda e acesso a manutenção de consumo, sobrevivência, sensação de integração, apoio e engajamento sociais, uma fonte de prazer e satisfação pessoal[121]. Trabalhar, portanto, numa situação ideal, significa uma das mais importantes realizações do ser humano.

Sendo assim, o trabalho como formação social está intimamente ligado ao meio ambiente, são elementos indissociáveis, sem os quais não pode haver sequer a própria determinação da construção do homem como totalidade. Isto requer de todos aqueles que se debruçam sobre o problema do meio ambiente do trabalho a apreensão e compreensão do fato de que o processo da atividade humana não pode nem deve ser desvinculado da noção de preservação do próprio meio em que consiste o trabalho humano, mesmo que este esteja associado às lógicas do mercado capitalista.

Com isto, o conceito de meio ambiente tem sofrido um processo na sua concepção original e que se amplia à medida que a consciência social sobre o termo adquire novos contornos, incluindo outros elementos que compõem a formação do mundo da empresa. Durante um período considerável, as empresas estiveram ligadas à noção da preservação do meio ambiente por meio de sua exploração. De alguma forma, inicialmente, este conceito se deveu às práticas predatórias da indústria, que, em grande medida, devastou o planeta em busca de recursos para o fomento do processo industrial.

Era evidente que a sociedade industrial tinha ao seu alcance o mundo de recursos naturais, disponíveis para seu proveito, expressão da sociedade de mercado. Contudo, lentamente, a sociedade adquiriu a consciência de que este processo deveria sofrer algum controle por parte dos organismos civis e oficiais. O marco regulatório inevitavelmente atingiria a prática predatória da sociedade industrial e se alastraria por todas as relações de produção e trabalho.

A noção de um meio ambiente que seja, em última instância, o próprio meio equilibrado entre os seres viventes e suas relações, o espaço físico e a criação simbólica que neste espaço se processa, passou a ser um mote fundamental para o desenvolvimento de ambiente saudável e controlado, a fim de garantir, além

[120] SÉLLOS, Viviane . A ressocialização do encarcerado: uma questão de cidadania e responsabilidade social. 01. ed. Rio de Janeiro: Editora Clássica, 2012. v. 01.

[121] DARCANCHY, M. V. . O Dano Existencial e o Direito Fundamental ao Trabalho Decente na OIT. Direito e Justiça (URI), v. 12, p. 149-164, 2012.

de tudo, condições para que a qualidade de vida se expresse não somente nos produtos comercializados, mas, sobretudo, na própria existência dos indivíduos que compõem o processo social da produção.

Neste sentido, observa-se que a mentalidade se expande no sentido de alcançar novos objetivos, como atividades de toda ordem. Os espaços laborais sofrem profundas modificações devido ao incremento de novas fontes de tecnologia, novas técnicas de atuação profissional, o que requer melhor preparo e adequação das empresas[122].

Assim sendo, a responsabilidade social se coaduna com o propósito de oferecer melhores condições de trabalho. Responsabilidade social é, em um grau mais avançado, a aproximação histórica do mundo empresarial do contexto social, em toda a sua magnitude[123].

A diversidade e a fragmentação com que a sociedade contemporânea se reveste na atualidade também coloca em pauta uma série de demandas que antes não faziam parte das relações sociais. Com a noção de que as empresas são responsáveis por parte das mazelas sociais, em comparação com o Estado, criou-se, paulatinamente, a ideia de que há uma expectativa responsável por parte da sociedade, em outras palavras, espera-se que a empresa assuma sua responsabilidade com os interesses sociais de modo abrangente.

No âmbito nacional, a preocupação com o meio ambiente do trabalho tem intensificado os esforços no sentido de garantir melhores condições aos trabalhadores, de modo geral, a Constituição Federal promulga que "todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (Art. 225, *caput*).

Assim, a Constituição prevê "a proteção do meio ambiente, e mais diretamente, a tutela do meio ambiente do trabalho" então, a empresa passa a ter responsabilidade, não apenas pelo ambiente em que se trabalha, mas, notadamente, pela integridade dos seus próprios membros, ou seja, pela pessoa que está no processo produtivo.

Dessa forma, não se trata somente de contemplar uma ação positiva por parte das empresas. A manutenção do meio ambiente do trabalho passa a compor uma tarefa conjunta entre todos os agentes do processo social do trabalho, pois o produto final de qualquer empresa destina-se ao coletivo, isto é, numa perspectiva social, uma vez que os bens, serviços e as mercadorias têm uma destinação no âmbito da sociedade. É nela que o mundo do mercado se realiza e não em caráter abstrato.

---

[122] DARCANCHY, M. V. . Responsabilidade social da empresa e a Constituição. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 63, p. 24-56, 2008.

[123] SÉLLOS, Viviane (Org.) ; GUNTHER, L. E. (Org.) . Cidadania empresarial, dignidade humana e desenvolvimento sustentável. 01. ed. RIO DE JANEIRO: EDITORA CLÁSSICA, 2012. v. 01.

Cada empresa, por conseguinte, atua com uma condição que a torna diferenciada, pelo produto, pela divulgação do mesmo, pela substancial capacidade de permanecer no mercado e de se relacionar com suas concorrentes, e mais: a ela é atribuída a responsabilidade de formar e construir o próprio fundamento das relações sociais, o que, em outras palavras, significa dizer que a empresa não é mais considerada como um elemento apartado do meio, ela se torna um dos eixos que dão sustentação à própria organização do meio social, daí a determinação corrente de que ela também compõe o cenário do meio, o meio ambiente que envolve a todos e ao qual todos pertencem. Um meio ambiente de trabalho ético no qual o trabalhador soropositivo seja tratado com respeito e dignidade.

6 Direitos do trabalhador soropositivo

Haja vista a necessidade de um amparo diferenciado aos trabalhadores soropositivos elenca-se alguns de seus direitos, que visam sua proteção frente à atividade empresarial.

Sigilo no trabalho

O portador do vírus tem o direito de manter em sigilo a sua condição sorológica no ambiente de trabalho, como também em exames admissionais, periódicos ou demissionais. Ninguém é obrigado a contar sua sorologia, senão em virtude da lei. A lei, por sua vez, só obriga a realização do teste nos casos de doação de sangue, órgãos e esperma. A exigência de exame para admissão, permanência ou demissão por razão da sorologia positiva para o HIV é ilegal e constitui ato de discriminação. No caso de discriminação no trabalho, por parte de empresa privada, recomenda-se registrar o ocorrido na Delegacia do Trabalho mais próxima.

Auxílio-doença

Esse benefício é concedido a qualquer cidadão brasileiro que seja segurado (pague o seguro em dia) e que não possa trabalhar em razão de doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos. A pessoa que vive com HIV/aids ou com hepatopatia grave terá direito ao benefício sem a necessidade de cumprir o prazo mínimo de contribuição e desde que tenha qualidade de segurado. O auxílio-doença deixa de ser pago quando o segurado recupera a capacidade e retorna ao trabalho ou quando o benefício se transforma em aposentadoria por invalidez. Nesses casos, a concessão de auxílio-doença ocorrerá após comprovação da incapacidade em exame médico pericial da Previdência Social.[124]

[124] Todo o procedimento administrativo relativo ao benefício, está regulado pelos artigos 274 a

Aposentadoria por invalidez

As pessoas que vivem com HIV/aids ou com hepatopatia grave têm direito a esse benefício, mas precisam passar por perícia médica de dois em dois anos, caso contrário, o benefício é suspenso. A aposentadoria deixa de ser paga quando o segurado recupera a capacidade e volta ao trabalho. Para ter direito ao benefício, o trabalhador tem que contribuir para a Previdência Social por no mínimo 12 meses, no caso de doença. Se for acidente, esse prazo de carência não é exigido, mas é preciso estar inscrito na Previdência Social. Não tem direito à aposentadoria por invalidez quem, ao se filiar à Previdência Social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício, a não ser quando a incapacidade resultar no agravamento da enfermidade.

Benefício de Prestação Continuada

É a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho, bem como ao idoso com 65 anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. Esse benefício independe de contribuições para a Previdência Social. A pessoa para recebê-lo deve dirigir-se ao posto do INSS mais próximo e comprovar sua situação. Essa comprovação pode ser feita com apresentação de Laudo de Avaliação (perícia médica do INSS ou equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde). A renda familiar e o não exercício de atividade remunerada deverão ser declarados pela pessoa que requer o benefício.

7 Considerações finais

Tomando por premissa inicial a ideia de que a ética é um conjunto de regras que suplantam o tempo e o espaço, atingindo a toda a comunidade humana como uma necessidade fundamental à convivência, o anseio por celebrá-la em uma sociedade é refletido no exercício do poder constituinte, originário ou derivado, assim como na própria interpretação das normas constitucionais.

Entende-se também que a ética inspira a positivação do direito, para que a ninguém seja dado o direito de alegar o seu desconhecimento e para que o que for permitido, proibido ou obrigado, o seja a todos. A ética corresponde à conduta pautada na axiologia e é voltada ao desenvolvimento da antropologia, ou melhor, tem base em valores e destina-se à evolução do indivíduo em benefício da espécie humana.

A ética nas empresas está associada, desse modo, à ética nos negócios e à ética social. Cada vez mais a empresa parece tomar ciência de que é preciso

287 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010.

mudar a postura diante da própria sociedade que é, em última análise, a legitimadora institucional da vida da empresa e de sua saúde no que tange aos ordenamentos de mercado. Uma vez que o mercado está na sociedade e é ela quem compra, quem produz, quem comercializa, quem distribui, etc.

Sociedade ética é sociedade justa. Uma e outra característica são correspondentes. E isto se justifica pelo fato de indivíduo/sociedade/espécie serem não apenas inseparáveis, mas co-produtores um do outro.

Assim, a dignidade humana adquire novos contornos no panorama social. A vida humana, gradativamente, passa a ser um conceito que abrange todas as esferas do comportamento empresarial. É, possivelmente, um caminho sem volta, que tem afetado, de modo cabal, a estrutura do ordenamento jurídico trabalhista em todos os níveis da organização social.

O direito tem se debruçado cada vez mais no sentido de dar respostas adequadas às mudanças de ordem social, às mudanças que colocam em risco a vida humana e seu meio ambiente de trabalho e o respeito às condições pessoais e à dignidade dos trabalhadores, pois, não basta começar a chamá-los de colaboradores no lugar de empregados, não é um vocábulo que altera o sentido de toda uma vida que tem direito acima de tudo à justiça.

Referências

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BARACAT, E.M. . *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*. 1ª. ed. São Paulo: Editora LTR, 2003.

DARCANCHY, Mara Vidigal (Org.). *Responsabilidade social nas relações laborais*. São Paulo: LTr, 2007.

DARCANCHY, M. V. . *Responsabilidade social da empresa e a Constituição.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 63, p. 24-56, 2008.

DARCANCHY, M. V. . *O Dano Existencial e o Direito Fundamental ao Trabalho Decente na OIT. Direito e Justiça* (URI), v. 12, p. 149-164, 2012.

DEJOURS, C. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Editora FGV,1999.

DE MASI, Dommenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

_____. (Org.) *A sociedade pós-industrial*. São Paulo: Editora SENAC, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa. Tomo I: Racionalidade de la acción y racionalización social.* Versión Manuel Jiménez Redondo. 4. ed., Madrid: Taurus, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed., Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. 3. ed. (2ª. Impressão), Tradução de Ricardo Correia Barbosa, Rio de Janeiro: José Olympio, 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANGIOVANNI, Andrea. Global justice, reciprocity and the State. In: *Philosophy & Public Affairs*, Volume 35 , Issue 1 , páginas 3-39 , Inverno 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice* - O social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SÉLLOS, Viviane . *A ressocialização do encarcerado: uma questão de cidadania e responsabilidade social.* 01. ed. Rio De Janeiro: Editora Clássica, 2012. v. 01.

SÉLLOS, Viviane (Org.) ; GUNTHER, L. E. (Org.) . *Cidadania empresarial, dignidade humana e desenvolvimento sustentável.* 01. ed. RIO DE JANEIRO: EDITORA CLÁSSICA, 2012.

SÉLLOS, Viviane (Org.) ; DARCANCHY, M. V. (Org.) . *Cidadania, ética e responsabilidade social.* 01. ed. Rio De Janeiro: Editora Clássica, 2012. v. 01.

SOROS, George. *Globalização*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
http://www.anamatra.org.br/artigos/a-discriminacao-ao-trabalhador-com-hiv-aids
http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-389-Viviane_Coelho_de_Sellos_Gondim.pdf

HIV/AIDS E TRABALHO NO BRASIL

João Hilário Valentim[125]

Desde as primeiras manifestações da AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida[126] no Brasil, no início da década de oitenta, muito se avançou no tratamento da enfermidade. Além da ação governamental[127], a participação de ONGs – Organizações Não-Governamentais fez-se presente[128].

Em 1985[129], foi editada uma Portaria Ministerial, com as diretrizes para um programa de controle da AIDS e, em 1987, foi estruturada a Comissão Nacional de Controle da AIDS, que passou a supervisionar as demais coordenações nacionais e a responder pelo programa de prevenção. Contudo, o Programa Nacional de Controle das DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS só foi estabelecido em 1988[130].

---

[125] -Doutor em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC-SP, Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela FD-USP; Procurador Regional do Trabalho; ex Professor Adjunto da FD–UERJ, do Departamento de Direito da UNESP-FRANCA, da UNESA-RJ; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior; autor do livro "*AIDS e relações de trabalho*". E-mail: joao_hilario2@yahoo.com.br

[126] - A AIDS é uma virose que debilita o sistema imunológico do organismo humano. Para que se dê a transmissão, é necessário que ocorra a troca de fluidos corpóreos, em especial o contato de fluídos da pessoa infectada com o sangue de outra pessoa. Por conseguinte, a AIDS ao contrário da propagação da discriminação não é uma doença que se transmita pelo contato, não havendo por que excluir o portador do convívio social. Na atualidade, o uso de modernos medicamentos e tratamentos tem propiciado o adiamento da manifestação de infecções oportunistas ou mesmo da doença, prolongando a vida da pessoa infectada por período de tempo indeterminado. Para uma melhor compreensão da enfermidade, veja VALENTIM, João Hilário. AIDS e relações de trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, pp. 10-52).

[127] - SLAFF, James I., e BRUBAKER, John K. AIDS, a epidemia. São Paulo, abril, 1987, p. 113.

[128] - CAMARGO JR., Kenneth Rochel de. "Políticas públicas e prevenção em HIV/AIDS". In PARKER, Richard, GALVÃO, Jane, e BESSA, Marcelo Secron. (Organizadores). Saúde, Desenvolvimento e Política: Respostas frente à AIDS no Brasil. Rio de Janeiro, ABIA, São Paulo, Ed. 34, 1999, p. 232.

[129] - A partir de meados da década de 1980, o Estado Brasileiro passou a elaborar uma legislação específica sobre HIV/AIDS.

[130] - Camargo Jr., op. cit., p. 233.

O acordo celebrado entre o governo brasileiro e o BIRD – Banco Mundial, em 1993, e renovado em 1998, marca, de forma decisiva, a política nacional de prevenção e controle da AIDS. Até então, a ação governamental havia-se pautado, fora o trato do sangue e dos hemoderivados, pela veiculação de campanhas publicitárias. Após a celebração deste acordo, o governo passou a investir pesadamente na difusão de informações e educação, em campanhas de orientação e distribuição de preservativos, tanto diretamente como por intermédio de ONGs, além da adoção de várias outras linhas de ação e projetos.

Em 1988, foram criados os CTA – Centros de Testagem e Aconselhamento, hoje espalhados por todo o país. Ainda em 1988, foram editadas algumas leis referentes à AIDS. A Lei de nº 7.649/88 tornou obrigatório o cadastramento de todos os doadores de sangue e a realização de exames laboratoriais para testar sua qualidade, inclusive o teste anti-HIV; a de nº 7.670/88 estendeu aos portadores da AIDS benefícios referentes à licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, saque do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e etc.; a de nº 7.713/88 isentou o portador do vírus HIV do pagamento do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria.

Em 1996, o governo torna gratuita a distribuição de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, através da edição da Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Em relação ao fornecimento de medicamentos, importa destacar que o Brasil, desde a edição da Lei nº 9.313/96, distribui gratuitamente, pelo SUS – Sistema Único de Saúde, todos os medicamentos para tratamento da AIDS. Antes da edição da lei, a Portaria Ministerial nº 21, de 21 de março de 1995, dispôs sobre a distribuição de medicamentos.

Os passos seguintes foram a definição de uma política de tratamento médico e a produção de medicamentos genéricos em laboratórios públicos destinados ao tratamento da AIDS, como política para barateamento do custo dos medicamentos. Às ações federais, outras, empreendidas nos níveis estaduais e municipais, se somaram.

Acerca da epidemia no Brasil, importa destacar ainda que, desde o início, o grupo etário mais atingido, em ambos os sexos, sempre foi o compreendido na faixa dos 20 aos 39 anos que perfaz o total de 70% dos casos de AIDS registrados no Brasil, até junho do ano 2000[131].

A ocorrência da epidemia no país não foi de modo homogêneo. Ao longo dos anos, vem mudando de perfil. Antes, concentrada na Região Sudeste, tinha como grupo social de maior incidência os homossexuais. Na atualidade, a epidemia se interiorizou, a transmissão se dá também em razão de contatos heterossexuais, e se manifesta cada vez mais nas populações de baixa renda, em

131. Boletim Epidemiológico AIDS-DST 2000, p. 8.

especial entre mulheres. Por fim, verifica-se o prolongamento da vida das pessoas infectadas pelo HIV, que poderão permanecer nesta condição indefinidamente, inclusive, sem preencher os critérios de definição de casos de AIDS em razão da evolução dos tratamentos e dos remédios[132]. Entretanto, a epidemia ainda se concentra entre as populações adultas das regiões mais ricas do país.

O Boletim Epidemiológico AIDS-DST preliminar de 2010 elaborado pelo Ministério da Saúde evidencia que até junho de 2010 foram registrados 592.914 casos, desde 1980 e que embora a epidemia esteja estável (taxa em média de 20 casos de aids por 100 mil habitantes) a tendencia é a de crescimento entre os jovens de 17 a 20 anos, de menor escolaridade[133].

A região Sudeste ainda concentra o maior número de casos (58%), entretanto, a tendencia nos últimos 10 anos – 1999/2009 - é de queda (de 24,9% para 20,4%), ao contrário das demais regiões, que é de crescimento, com destaque para as regiões Nordeste (de 6,4% para 13,9%) e Norte (de 6.7% para 20,1%). Ainda hoje há mais casos de doença entre homens que mulheres, porém esta proporção vem diminuindo. Em 1989 a razão era de 6 casos de aids em homens para 1 caso em mulheres. Em 2009, a proporção chegou a 1,6 casos em homens para cada caso em mulheres, salvo para a faixa etária de 13 a 19 anos, onde o número de casos é maior entre mulheres desde 1998 – 8 homens para cada 10 meninas. A faixa etária de maior incidência em ambos os sexos é a de 20 a 59 anos e a maior forma de transmissão após é a sexual[134].

Além dos projetos já implementados e em execução, o incremento das ações no local de trabalho como política governamental indica uma tendência em progresso por ser um ambiente propício para a boa informação e educação das pessoas[135].

---

132. DHALIA, Carmem B., BARREIRA, Draurio, e CASTILHO, Euclides A. A AIDS no Brasil: situação atual e tendências. In Direitos Humanos, Cidadania e AIDS. São Paulo, Cortez, 2000, p. 23 (Cadernos ABONG, nº 28).

133 - Boletim Epidemiológico AIDS-DST 2010 – versão preliminar. Brasília, Ministério da Saúde, 2010, p. 3. Disponivel em: http://www.aids.gov.br/publicacao/boletim-epidemiologico-2010

134- Estatisticas da Aids no Brasil em 2010. Disponivel em: http://www.aidshiv.com.br/estatisticas/

135 - MINISTÉRIO DA SAÚDE – COORDENAÇÃO NACIONAL DE DST E AIDS. Manual de Diretrizes e Técnicas para Elaboração e Implantação de Programas de Prevenção e Assistência das DST/AIDS no Local de Trabalho. Brasília, Ministério da Saúde, 1998, p. 19.

I – AIDS NO BRASIL – EVOLUÇÃO NORMATIVA

1 Legislação federal sobre aids

Neste item destacamos as normas mais relevantes e que guardam relação com o mundo do trabalho[136].

A Portaria Interministerial nº 3.195, de 10 de agosto de 1988, dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e Emprego, instituiu a *Campanha Interna de Prevenção da AIDS*, em âmbito nacional, com a finalidade de divulgar informações e conhecimentos e estimular, no interior das empresas e em todos os locais de trabalho, a adoção das medidas preventivas contra a AIDS. As campanhas deveriam ser realizadas não só pelos órgãos da administração direta e indireta, como também pelas empresas públicas e privadas.

A Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988, estendeu às pessoas portadoras do vírus HIV ou aos doentes de AIDS vários benefícios que já eram assegurados, à época, a portadores de outras doenças graves. A lei estabelece, ainda, direito à licença para tratamento de saúde e à aposentadoria para os servidores públicos federais regidos pela Lei nº 1.711/1952; reforma para os militares e pensão especial, nos termos da Lei nº 3.738/60. Os servidores públicos civis da União são atualmente regidos pela Lei nº 8.112/90, que reconhece estes direitos nos artigos 186, § 1º, e 202 a 206.

Quanto aos trabalhadores regidos pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei nº 7.670/88 assegurou ainda o recebimento de auxílio-doença, aposentadoria ou auxílio-reclusão para quem, após estar filiado à Previdência Social, viesse a manifestar a AIDS (art. 1º, I, letra "d")[137], bem como o levantamento dos valores correspondentes ao FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que a pessoa doente tivesse direito (art. 1º, II).

---

136 - A expressão "legislação" é empregada aqui num sentido amplo, indicando não só as normas elaboradas pelo Poder Legislativo – lei em sentido estrito – como também as normas produzidas pelo Poder Executivo.

137 - Com a crescente prevalência da AIDS em população de baixa renda, não segurada da Previdência Social, sem condições para o trabalho e com núcleo familiar desestruturado, existe a possibilidade de requerer o benefício de 1 salário mínimo vigente mensal, com base no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, e no art. 20, da Lei no 8.742, de 07/12/93 – Leis Orgânica da Assistência Social (LOAS). Este benefício é fornecido para pessoas com algum tipo de deficiência física e/ou mental ou maiores de 70 anos, que não tenham condições de auto-sustento, nem de tê-las providas por sua família, podendo, portanto, aplicar-se a determinados grupos de doentes de AIDS.

Posteriormente, a Lei nº 7.670/88 redundou na inclusão dos direitos definidos no atual Estatuto do Funcionário Público Civil da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e na nova legislação da previdência (Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991)[138].

A Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, alterou a legislação do Imposto de Renda, dispondo, no art. 6º, XIV[139], sobre sua isenção nos proventos de aposentadorias ou de reformas motivadas por acidente em serviço ou doença, recebidos pelas pessoas portadoras da AIDS.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social, dispõe, no seu artigo 151, que independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após se filiar ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido da AIDS, entre outras enfermidades ali indicadas. Embora não trate de matéria trabalhista, a disposição da Lei tem inegável reflexo nas relações de trabalho subordinado, pois propicia ao trabalhador portador do vírus HIV/AIDS amparo num momento de infortúnio.

A Portaria Interministerial nº 796, de 29 de maio de 1992, dos Ministérios da Saúde e da Educação, dispõe sobre a irregularidade da realização de testes sorológicos compulsórios de alunos, professores e/ou funcionários, bem como da divulgação de diagnóstico da infecção pelo HIV ou da AIDS de qualquer membro da comunidade escolar, ou da manutenção de classes ou escolas especiais para pessoas infectadas pelo HIV.

A Portaria Interministerial nº 869, de 11 de agosto de 1992, dos Ministérios da Saúde, do Trabalho e da Administração, proibiu o teste sangüíneo para detecção do vírus HIV nos exames de pré-admissão e periódicos dos servidores públicos. A edição da Portaria contribuiu para a eliminação da exigência de testes de sorologia para o HIV nos processos de admissão na Administração Pública Federal, em especial quando da realização de concursos públicos, e tem servido de orientação para os processos de admissão e gestão de pessoal nas administrações estaduais e municipais.

O Conselho Diretor do Fundo de Participação do PIS/PASEP, por meio da Resolução PIS/PASEP nº 2, de 17 de dezembro de 1992, autorizou a liberação, a qualquer tempo, dos saldos em contas do PIS – Programa de Integração Social[140] e do PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do

---

138 - Cortês, Iáris Ramalho. AIDS e o Congresso Nacional. In Seminário Nacional sobre AIDS e o Direito, I, 1991, São Paulo. Anais. São Paulo: [s. no], 1991, p. 1.

139 - Este inciso teve sua redação posteriormente alterada pela Lei nº 8.541, de 23.12.92, art. 45; Lei nº 9.259/95, art. 30 e Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 25, de 29.04.1996, art. 5º, inciso XII.

140 - Instituído pela Lei Complementar nº 7, de 07.09.1970.

Servidor Público[141,142] para os trabalhadores não aposentados portadores do vírus HIV ou doentes de AIDS[143].

Em março de 1996, o Governo Brasileiro criou o GTEDEO – Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e Ocupação[144], responsável por definir uma política nacional de promoção da igualdade e da implementação da Convenção nº 111 da OIT – Organização Internacional do Trabalho sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação[145], ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965.[146]

A partir da década de noventa o Governo Federal incrementou sua atuação na proteção e promoção dos direitos humanos e, em maio de 1996, instituiu o PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996[147], atualmente na sua terceira versão. Esse Programa, elaborado pelo Ministério da Justiça, busca, em conjunto com diversas organizações da sociedade civil, identificar os principais obstáculos à promoção e à proteção dos direitos humanos no Brasil[148]. Em todos eles o HIV/AIDS foi considerado dentre as metas dos programas, que atualmente consistem em "r*ealizar campanhas de diagnostico precoce e proporcionar tratamento adequado à pessoas que vivem com HIV/AIDS, para evitar o estágio grave da doença e prevenir a sua expansão e disseminação*", além de proporcionar à essas pessoas "*programas de atenção no âmbito da saúde sexual e reprodutiva*"[149].

Ainda em 1996, o Governo brasileiro, ao editar a Lei nº 9.313, em novembro, tornou gratuita a distribuição de medicamentos necessários ao

---

141 - Instituído pela Lei Complementar nº 8, de 03.12.1970.

142 - Esses Programas, instituídos pelas LC nºs 7/70 e 8/70, foram posteriormente alterados pela Lei Complementar nº 26, de 11.09.75, dentre outras, e regulamentados pelo Decreto nº 78.276, de 17.08.76.

143 - Revista LTr, 57-01-127-8.

144 - Decreto nº 20, de 20 de março de 1996, publicado em 21 de março de 1996.

145 - TEIXEIRA, Maria Aparecida Silva Bento. Institucionalização da luta anti-racismo e branquitude. In HERINGER, Rosana (Org.) A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro, IERÊ, 1999, pp. 22-23.

146 - SILVA JÚNIOR, Hédio. As políticas de promoção da igualdade no Direito Internacional e na legislação brasileira. In HERINGER, Rosana (Org.), op. cit., pp. 94-5.

147 - Posteriormente revogado pelo Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002, norma que passou a dispor sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH.

148 - MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – Assessoria Internacional. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasil. Gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades: teoria e prática. Brasília, MT, 1998, p. 56.

149 - O PNDH-3 foi instituído pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, revogando o Decreto nº 4.229/02 (PNDH-2), que revogara o Decreto nº 1.904/96 (PNDH-1).

tratamento da AIDS, pelo SUS – Sistema Único de Saúde. Em seguida, se define uma política de tratamento médico e produção de medicamentos genéricos em laboratórios públicos e destinados ao tratamento da AIDS.

A Portaria nº 3.717 do Ministério da Saúde, de 8 de outubro de 1998, criou o CEN – Conselho Empresarial Nacional de Prevenção ao HIV/AIDS, que tem por competência: (a) assessorar o Ministro da Saúde na resposta nacional frente à epidemia da AIDS e na viabilização de ações para a sensibilização, a modificação e a informação sobre a prevenção da AIDS e para a promoção da saúde; (b) fomentar a articulação das atividades do Ministério da Saúde, das Secretarias de Estado, dos Municípios e dos demais órgãos governamentais e poderes públicos na implementação de diretrizes políticas, destinadas ao controle da epidemia; (c) apoiar seus clientes, os trabalhadores e a comunidade, no enfrentamento da epidemia; (d) conhecer e intercambiar experiências relevantes entre empresas, entre outras atividades.

O Ministério do Trabalho e Emprego iniciou, a partir de 1999, uma política de criação de Núcleos de Cidadania e Trabalho contra a Discriminação no Emprego nos estados. Fundamentada nos resultados do Projeto de Cooperação Técnica desenvolvido em parceria com a OIT, essa política foi oficialmente instituída pela Portaria nº 604, de 1 de junho de 2000. Estes Núcleos têm por objetivo a implantação da Convenção nº 111 da OIT. Organizados em diversos Estados, os Núcleos abordam também temas sobre HIV/AIDS; entretanto não existe, até o momento, uma estratégia de ação definida.

O Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 2.164/41, de 24 de agosto de 2001, acrescentou o inciso "XIII" ao artigo 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o FGTS, autorizando o saque dos depósitos em conta vinculada do Fundo também na hipótese de ser o portador do vírus HIV um dos dependentes do trabalhador.

O Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria nº 1.246, em 28 de maio de 2010, proibindo a testagem do trabalhador quanto ao HIV, seja de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego[150].

[150] - Sitio do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/legislacao/resultado-da-busca/query/hiv-1.htm

2 Atuação da justiça do trabalho e do ministério público do trabalho

A justiça do trabalho

O Judiciário trabalhista vem decidindo diversas lides que têm por fundamento a AIDS no contexto das relações de trabalho. Entre estas, sobressaem os conflitos decorrentes da dispensa de empregado motivada pelo fato de ser portador do vírus HIV ou doente de AIDS.

A interpretação dos Tribunais evoluiu ao longo dos anos, no sentido de assegurar ao empregado o direito ao trabalho, coibindo os atos discriminatórios. As primeiras decisões da Justiça do Trabalho declaravam sua incompetência para julgar a matéria[151].

Além das ações individuais, em muitos dissídios coletivos de natureza econômica[152] ajuizados constam de suas pautas de reivindicações pedidos de concessão de garantia no emprego para trabalhadores portadores do vírus HIV/AIDS.

Observamos que grande parte do Judiciário Trabalhista é sensível às necessidades do trabalhador soropositivo. Não são raras, entretanto, decisões nas quais o magistrado não acolhe as pretensões, em razão da inexistência de normas, como nos pedidos de garantia de emprego para soropositivo; há também lides nas quais o empregado não consegue desincumbir-se com sucesso do ônus da prova.

Ademais, há determinados conflitos de interesses que pouco chegam ao Judiciário Trabalhista, como os problemas que possam ocorrer na fase pré-contratual. Registre-se, ainda que a Justiça do Trabalho, nos tempos atuais, é muito mais uma justiça de desempregados do que de empregados, em razão de as ações serem ajuizadas por ex-empregados. Dessa forma, várias ilegalidades que acontecem no transcorrer da relação de trabalho ficam sem a possibilidade de prestação da tutela jurídica processual, porque o trabalhador deixa de ajuizar a ação judicial por temer perder seu emprego.

---

151 - GOMES, Maurício da Costa. Reintegração judicial de trabalhadores soropositivos, dispensados do trabalho de forma discriminatória e/ou preconceituosamente. In Boletim em Direitos Humanos HIV/AIDS. Brasília: Ministério da Saúde – Coordenação Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS, ano 2, no 1, 1999, p. 2.

152 - Processo judicial de natureza coletiva, que tem por finalidade a criação de novas normas jurídicas – novas condições de trabalho – para regulamentação dos contratos individuais do trabalho. Há ainda os dissídios coletivos de natureza jurídica, destinados à interpretação de uma norma preexistente, legal, costumeira ou mesmo oriunda de acordo ou dissídio coletivos. Este processo é regulado pelos artigos 856 a 872 da CLT.

Não obstante tais fatos, o acesso ao Poder Judiciário tem sido de importância ímpar na tutela de interesses de trabalhadores soropositivos ou doentes de AIDS.

As decisões do TST – Tribunal Superior do Trabalho nos processos individuais, via de regra, têm garantido o emprego do portador do vírus da AIDS, quando declaram as dispensas abusivas, discriminatórias ou obstativas de direitos, a exemplo da Segunda Turma do TST, que ao julgar o Recurso de Revista nº 205.359/95 (Ac. nº 12.269) reconheceu caracterizada a despedida como arbitrária e discriminatória, determinando a reintegração do trabalhador.

Em outra decisão, nos autos do processo ROMS-394.582/97, a Turma D-2, da Seção Especializada em Dissídios Individuais manteve a decisão de reintegração imediata de empregado portador do vírus HIV, dispensado em desrespeito à cláusula de acordo coletivo de trabalho[153].

Os Tribunais Regionais do Trabalho também decidem diversas lides sobre AIDS. O TRT da 2ª Região/São Paulo, por exemplo, em várias de suas decisões, reconheceu e declarou a garantia de emprego ao trabalhador soropositivo, como ocorreu no julgamento do RO-02.900.168.036, em 1992, quando a Segunda Turma decidiu manter no emprego o portador do vírus HIV, aplicando ao caso concreto, por eqüidade e analogia, com base no art. 8º da CLT, o disposto na Lei nº 1.711/52[154].

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

As mudanças constitucionais se fizeram sentir também no MPT – Ministério Público do Trabalho. Nos seus primórdios, as atividades do *Parquet* trabalhista se restringiam praticamente à atividade de órgão interveniente[155, 156].

No final da década de oitenta, o MPT começou a atuar de modo mais incisivo como órgão agente, valendo-se para tanto do disposto na Lei nº 7.347/85,

---

153 - REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE NO EMPREGO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. DEFERIMENTO DE LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO EM AÇÃO RECLAMATÓRIA. Sendo o reclamante portador do vírus HIV e tendo sido dispensado, em desrespeito à cláusula de acordo coletivo, diante da sua situação, tem-se que plenamente admissível a sua reintegração imediata, não caracterizando o "periculum in mora", requisito indispensável para a concessão da segurança. Recurso ordinário não provido. (TST-ROMS nº 394.582/1997, SSEDI-II, T. D2, Ac. no 394.582, decisão de 23.02.1999, Rel. Min. Antônio Maria Thaumaturgo Cortizo, in DJU de 19.03.1999, pg. 00127).

154 - Revista LTr, 57-03/304.

155 - GALVÃO, Claribalte Vilarim de Vasconcelos. Teoria e Prática do Processo Trabalhista. Rio de Janeiro, Aurora, 1956, livro I, p. 68.

156 - FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. O Ministério Público do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo, Faculdade de Direito, 1989 (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1997, pp. 24-5.

que regulamentou as Ações Civis Públicas de crimes de responsabilidade, por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Carta Constitucional de 1988 potencializou essa atuação, ao conferir ao Ministério Público a função institucional de defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e, em especial, de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Esta previsão constitucional corrigiu a limitação imposta em 1985, ao *Parquet* e às demais instituições legitimadas, pelo veto presidencial aos dispositivos contidos na Lei nº 7.347/85, que asseguravam a tutela de "outros interesses difusos". Posteriormente, a Lei nº 8.078/90 restabeleceu a integridade do texto[157].

Ao Ministério Público do Trabalho compete não só a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88), no âmbito de sua atuação, mas também a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos (art. 83, III, LC 75/93[158]), ou seja, da ordem jurídica trabalhista.

O Ministério Público tem se destacado na defesa da ordem jurídica trabalhista, contribuindo para o resgate da dignidade do trabalhador e para a valorização de sua humanidade, seja atuando como *custos legis* (órgão interveniente) ou como órgão agente, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. Para a execução de seu mister, tanto na esfera judicial, quanto administrativa, o MPT se vale de diversos instrumentos processuais e administrativos, a exemplo da Ação Civil Pública, da Ação Civil Coletiva, do Inquérito Civil, de outras ações judiciais, da realização de audiências públicas, do poder de requisição, da expedição de Recomendações de Adequação de Conduta, da mediação, da arbitragem, da celebração de Termos de Compromisso de Adequação de Conduta e da realização de diligências[159].

Quanto à atuação do *Parquet*, em inquéritos civis públicos relacionados à AIDS, destacamos um que tramitou na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região/Rio de Janeiro, no qual, uma trabalhadora, portadora assintomática do vírus HIV, infectada em decorrência de relacionamento amoroso com um colega de trabalho, seu atual companheiro – também portador do vírus HIV – fora pressionada para pedir demissão, além de ter sofrido toda sorte de comentários

---

157 - Para um conhecimento mais detido deste episódio, veja FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Associação civil e interesses difusos no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, Faculdade de Direito, 1989 (Dissertação Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, l989, em especial as pp. 185-223.

158 - A Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

159 - Cf. Art. 129 da CF/88, art. 83, da LC nº 75/93 e Lei nº 7.347/85.

desairosos por parte da administração e dos colegas de trabalho, vez que sua condição fora revelada aos demais empregados.

Após intervenção do Ministério Público, não só a política de pressionar a empregada para que pedisse demissão cessou – fato negado pela empresa – como também foram atenuados os comentários dos empregados. A trabalhadora continua laborando[160].

Além da atuação como *custos legis*, o *Parquet* tem buscado parcerias com a sociedade civil organizada (e com outros órgãos governamentais) a fim de cumprir de maneira mais ampla e eficaz suas atribuições como mediadora de conflitos, como agente capaz de facilitar a solução de problemas, tanto cuidando de seus efeitos quanto influindo na eliminação de suas causas. Para tanto, tem participado de diversos eventos: Comissões, Oficinas Jurídicas, Seminários, Fóruns, Núcleos e Grupos de Trabalho, como o GTEDEO[161].

II – A PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No Brasil, nem todos os trabalhadores gozam de adequada proteção legal. Regra geral, os trabalhadores que laboram sob as ordens de seu contratante e que se enquadram no conceito de empregados, conforme disposto no art. 3º da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho [162,163], estão amparados pelas regras definidas na própria CLT, assim como em legislação complementar. Alguns tipos de trabalhadores são equiparados aos empregados ou têm a mesma gama de direitos[164], outros têm parte destes direitos[165] e há ainda os que estão à

[160] - Procedimento Preparatório nº 255/00.

[161] - Criado pelo Decreto Presidencial de 20 de março de 1996.

[162] - Aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 e alterado por vasta legislação posterior.

[163] - Cf. dispõe o art. 3º, da CLT, considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Ainda, segundo a CLT – art. 2º – empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Para os efeitos da relação de emprego, equipara-se ao empregador os profissionais liberais, as instituições beneficentes, as associações recreativas ou outras, sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

[164] - O trabalhador avulso tem igualdade de direitos com o trabalhador com vínculo permanente, por força do disposto no art. 7º, XXXIV, da Constituição. O empregado público também tem os direitos igualados aos do empregado comum – art. 1º da Lei nº 9.962/2000 – entretanto, há carreiras específicas que são regidas por legislação especial.

[165] - O empregado doméstico, além do contido em legislação específica – Lei nº 5.859/72 e Decreto nº 71.885/72 – tem parte dos direitos constitucionais assegurados ao empregado, cf. art. 7º, parágrafo único, da Constituição.

margem desta proteção legal, como os trabalhadores da economia informal, os eventuais e os autônomos.

1 Igualdade e não-discriminação em matéria de emprego

A Constituição de 1988 define a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República (art. 1º, II, III e IV). Estabelece que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, *caput*) e que a atividade econômica está alicerçada na valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*). Enuncia, ainda, o trabalho como um direito social fundamental, protegendo a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (artigos 6º e 7º, I). Dentre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). As suas relações internacionais são regidas, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Assegura a Carta Magna, para todas as pessoas residentes no país, a igualdade de tratamento, não comportando distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*). A igualdade de tratamento é reforçada pelo princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º, IV) e revigorada por inúmeras outras normas, inscritas no texto constitucional, a exemplo da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), da proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), da proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI), da proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII), da igualdade de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, *caput*), da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV), dentre outras.

A Carta Constitucional garante o direito à vida (art. 5º, *caput*), o direito à saúde (art. 196) e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio (art. 225), no qual se inclui o do trabalho. Neste sentido, garante ao trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXI). Reconhece também a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III) e define serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X).

Além desses e de outros direitos trabalhistas expressamente mencionados

na Constituição, e dos estabelecidos nas leis infraconstitucionais, integram o direito positivo nacional os constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (art. 5º, § 2º da CF/88). Acerca das normas internacionais sobre direitos humanos, prevalece, na doutrina, o entendimento de que, uma vez ratificados e desde que não contrariem preceito da Constituição, adquirem *status* constitucional[166], não obstante tal entendimento ainda não esteja de todo consolidado no Supremo Tribunal Federal[167].

Os tratados internacionais, em especial as Convenções adotadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, têm influenciado as relações de trabalho no país. Sobre a discriminação nas relações laborais, por exemplo, o Brasil ratificou a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão[168].

A Convenção, além de reafirmar que a discriminação constitui uma violação dos direitos humanos, enunciados na Declaração Universal, e de estabelecer que os Estados-Membros que a ratificarem devem comprometer-se com a adoção de uma política de promoção da igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão (art. 2º), apresenta uma definição para o termo "discriminação" (art. 1º), que tem sido de grande utilidade no Brasil, onde não há um conceito legal para a expressão[169], não obstante existam diversas leis definindo práticas ou condutas discriminatórias.

Esses princípios constitucionais servem de fundamento inicial para a reflexão e o tratamento jurídico do portador do vírus HIV/AIDS, em especial no mundo do trabalho, aos quais outras normas se somam.

2 Acesso ao emprego e teste anti-HIV

Acerca do acesso ao emprego, podemos afirmar que o fato de a pessoa ser portadora do vírus HIV ou doente de AIDS não a incapacita para o trabalho, razão pela qual não pode ser preterida no processo de seleção, nem dispensada. Se assim proceder, o empregador a estará discriminando por motivo de saúde, o que lhe é vedado[170].

---

166 - SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 32. Dentre outros, compartilham deste entendimento: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.59; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1991, p.631.

167 - Idem, p. 72.

168 - Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150/1968.

169 - "Discriminação compreende toda a distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião pública, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou trabalho".

170 - Acerca deste nosso entendimento, veja VALENTIM, João Hilário. AIDS e relações de

Mais, o empregador não pode exigir do empregado a realização do teste anti-HIV, seja na admissão, na constância da prestação de serviço ou por ocasião da dispensa, pois o risco de transmissão não é eliminado com a realização do teste. O empregado pode infectar-se a qualquer momento, inclusive após sua contratação. Ademais, há um lapso temporal, denominado de "janela imunológica", no qual o vírus não é detectado pelos atuais testes, mas o portador já pode ter condições de transmiti-lo para outras pessoas. Desta forma, não obstante o empregador esteja obrigado a realizar exames de admissão, periódicos, de demissão, entre outros (art. 168, da CLT e NR-7)[171], estes não podem incluir os testes de sorologia, ante a inexistência de incapacidade do empregado soropositivo para o trabalho.

Sobre os testes, embora não exista uma lei nacional a respeito do tema, o CFM – Conselho Federal de Medicina, no Processo-Consulta de nº 18/89, ressaltou que não há justificativa técnica ou científica para a realização indiscriminada de exames sorológicos: (...) não há razão para que o soropositivo seja discriminado profissionalmente. Posteriormente, o Conselho Federal, através da Resolução nº 1.359/92, que normatiza o atendimento a pacientes portadores do vírus HIV, decidiu por vetar a realização de quaisquer testes compulsórios, inclusive quando da realização dos exames de pré-admissão ou periódicos.

Dispõe o art. 4º da Resolução nº 1.359/92, do CFM, que é vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internamento hospitalar, pré-operatório, ou exames de pré-admissão ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais.

Destaque-se, ainda, o Parecer-Consulta nº 726/99 – PC/CFM/nº05/89, aprovado pela Sessão Plenária do CFM de 18 de fevereiro de 1989, que, dispondo sobre a realização de teste de imunofluorescência para AIDS em trabalhador, concluiu que (a) quaisquer informações médicas sobre o empregado devem cingir-se à aptidão ou não ao trabalho; (b) a realização de testes sorológicos para AIDS por parte do empregador não encontra respaldo técnico, científico e ético; (c) a realização destes testes nestas circunstâncias viola o direito do trabalhador, fere a CLT, além de contribuir para a sua marginalização enquanto cidadão.

Neste sentido já se manifestara o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, através da Resolução nº 35/91[172]. Estas resoluções e

trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, pp. 92-99 e 324-327).

[171] - Cf. Norma Regulamentadora nº 7, aprovada pela Portaria de nº 3.214, do MT/GM, de 08.06.1978, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO. A Portaria nº 3.214/78 aprovou diversas outras Normas Regulamentadoras, que dispõem sobre várias matérias.

[172] - Dispõe o art. 5º da Resolução nº 35/91 (que versa sobre a responsabilidade ética das instituições

pareceres têm orientado e fundamentado a abordagem do tema em vários contextos no mundo do trabalho.

Não se prestando o teste para declarar a aptidão ou não do candidato ao emprego, nem protegendo os demais empregados e clientes, é de todo desnecessário e a sua exigência só pode ser entendida como discriminatória e limitativa do acesso ao pretendido posto de trabalho. Como tal, é proibida pela Constituição e pela aplicação, por analogia, do disposto no art. 1º da Lei nº 9.029/95[173].

3 Sigilo profissional

Este tema, não menos importante, está relacionado com os profissionais responsáveis por cuidar da saúde dos trabalhadores e seus auxiliares, sejam os vinculados aos serviços especializados em Segurança e Medicina do Trabalho, sejam aos convênios médicos. Trata-se da guarda de forma inadequada e da divulgação das informações sobre o estado de saúde dos trabalhadores que atendem, desconsiderando o dever de manter o necessário sigilo profissional sobre essas informações. Acontece ainda de informações médicas a respeito dos empregados não serem adequadamente guardadas, e assim diversas pessoas terem acesso a tais informações sigilosas.

O CEM[174] – Código de Ética Médica proíbe o médico de revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, mesmo que seja de conhecimento público, tenha o paciente falecido ou quando de depoimento como testemunha, salvo por justa causa, dever legal ou expressa autorização do paciente (art. 102). Também proíbe que as informações obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas, sejam reveladas, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade (art. 105). Ainda segundo o CEM, é dever do profissional médico não somente respeitar o sigilo, mas também se responsabilizar pela guarda segura das informações e dos documentos sobre o estado de saúde dos trabalhadores por ele atendidos – prontuários e fichas médicas, resultados de exames, prescrições médicas, etc. – (artigos 11 e 108); essa obrigação se estende a todos os profissionais que com ele trabalham e, em

e dos profissionais médicos na prevenção, no controle e nos tratamentos de pacientes com AIDS) que em nenhum caso exames de rastreamento do vírus podem ser praticados compulsoriamente.

173 - Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.029, de 13.04.95, que fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

174 - Aprovado pela Resolução CFM, de nº 1.246/88.

especial, ao pessoal de enfermaria[175]. Compete ao médico orientar seus auxiliares sobre a guarda sigilosa dos documentos e da necessidade de respeitar o segredo profissional (art. 107). Os demais empregados que porventura tenham, em razão de suas obrigações, acesso a essas informações, também devem guardar sigilo e precisam ser orientados sobre esse dever, e as conseqüências do seu descumprimento.

No Código de Ética Médica há outras disposições não menos importantes e que ora destacamos: (a) Art. 11° – O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade. (b) Art. 12° – O médico deve buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano e a eliminação ou controle dos riscos inerentes ao trabalho (...).

Ademais, o empregador e seus prepostos têm o dever de respeitar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada do empregado. O contrato de trabalho não autoriza nem legitima o empregador a atentar contra a pessoa do empregado, que deve ter não só a sua intimidade preservada, como também sua dignidade.

4 Saúde e meio ambiente do trabalho

Conforme disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador tem ainda o dever de cumprir as normas de Medicina e Segurança do Trabalho, sejam as emanadas do Estado, bem como as oriundas de convenções coletivas de trabalho; instruir os seus empregados acerca dessas normas; facilitar o exercício da fiscalização do trabalho; manter serviços especializados em Segurança e Medicina do Trabalho e adotar as medidas que lhe forem determinadas pela autoridade administrativa competente (artigos 154 e 157 da CLT e NR-4[176]); manter serviços especializados em segurança e medicina do trabalho (art. 162); constituir, em seus estabelecimentos, CIPA – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (art. 163 e NR-5[177]); fornecer gratuitamente equipamentos de

[175] - Veja o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem – CEPE (aprovado pela Res. COFEN nº 240/00), em especial os artigos 3º, 28 e 29. Quanto aos odontólogos, veja o Código de Ética Odontológica – CEO (aprovado pela Res. CFO nº 179, de 19.12.91), em especial os artigos 3º, II, 4º, IV e VI e 9º, I e II.

[176] - A NR-4 dispõe sobre os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho.

[177] - A NR-5 regulamenta as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPA.

proteção individual e coletiva de trabalho (art. 166, da CLT e NR-6, 8, 9[178], entre outras); realizar exames médicos, seja na admissão, na demissão ou periodicamente (art. 168, da CLT e NR-7); manter o meio ambiente do trabalho sadio e seguro; realizar campanhas internas de prevenção de AIDS (Portaria nº 3.195/88), dentre outras.

Em matéria de saúde e meio ambiente do trabalho, a legislação nacional está em sintonia com os princípios enunciados pela Convenção nº 155 da OIT, de 1981, sobre Segurança, Saúde dos Trabalhadores e Meio Ambiente do Trabalho[179] e pela Convenção nº 161, de 1985, sobre Serviços de Saúde no Trabalho, ambas ratificadas pelo Brasil[180].

A Convenção nº 155 define que compete ao Estado elaborar e executar políticas nacionais coerentes em matéria de saúde, segurança dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho, e instituir um sistema de inspeção para controle e aplicação da legislação e da política adotada. A ação do Estado deve compreender, ainda, a orientação de empregados e empregadores, a implementação dos meios de prevenção de acidentes do trabalho e enfermidades profissionais, o atendimento das determinações sobre segurança e higiene e informação sobre a utilização de máquinas, matérias e substâncias, além de recomendar a inclusão dessas matérias nos programas de formação, em todos os níveis. Assegura ainda ao trabalhador o direito de deixar o local de trabalho sempre que, por um justo motivo, entenda que a sua vida ou saúde possa estar ameaçada por um perigo grave e iminente, sem que essa atitude lhe acarrete consequências injustificáveis, como advertência, suspensão ou dispensa.

Quanto às empresas, devem zelar pela eliminação dos riscos e fornecer vestimentas e equipamentos de proteção quando necessários, e prover o que for preciso para atender às situações de urgência e aos acidentes.

A Convenção nº 161 estabelece a obrigação dos Estados-Membros da OIT de fomentarem a saúde no trabalho, por meio de serviços preventivos e multidisciplinares, de substituírem o antigo nome de "Serviço de Medicina do Trabalho" por "Serviço de Saúde no Trabalho", competindo a ele uma função essencialmente preventiva e de assessoramento do empregador e dos trabalhadores e seus respectivos representantes na empresa.

A Convenção define como objetivos a conservação do meio ambiente seguro e são, que favoreça uma ótima saúde física e mental em relação ao

[178] - As NR-6, 8 e 9 dispõem, respectivamente, sobre Equipamento de Proteção Individual – EPI, Edificações e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA.

[179] - Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.254, de 29.09.94, e aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17.03.1992.

[180] - Promulgada no Brasil pelo Decreto no 127, de 22.05.91, e aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 86, de 14.12.89.

trabalho e que haja uma política de adaptação do trabalho à capacidade do trabalhador, face ao seu estado de saúde física e mental. Para tanto, os serviços devem identificar e avaliar os riscos à saúde no local de trabalho; exercer vigilância em relação a fatores e práticas susceptíveis de atentar contra a saúde, e, assessorar a organização de tarefas, o desenho dos locais de trabalho, a seleção e a manutenção de máquinas e equipamentos.

Por outro lado, faz-se necessário que as normas universais de biossegurança[181] sejam conhecidas e implementadas, que sua observância seja exigida e os equipamentos necessários à proteção do trabalhador fornecidos. Esse dever compete a todos, em especial ao empregador.

5 Proteção contra a dispensa injusta ou arbitrária

A Constituição dispõe que todo trabalhador terá sua relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme definido em lei complementar (art. 7º, I). Porém, esse dispositivo ainda não foi regulamentado e o trabalhador contratado sob a égide da CLT – à exceção dos que adquiriram o direito à estabilidade antes da promulgação da Constituição[182] ou dos portadores de garantias de emprego provisórias[183] – não tem estabilidade no emprego e o empregador pode dispensá-lo sem qualquer motivo, desde que pague as verbas rescisórias, acrescidas da percentagem de 40% sobre o valor dos depósitos do FGTS[184].

A doutrina e os Tribunais do Trabalho, entretanto, têm entendido que o trabalhador portador do vírus HIV ou o doente de AIDS não pode ser dispensado injusta ou arbitrariamente. Desta forma, as dispensas reconhecidas e declaradas como discriminatórias ou obstativas de direito têm sido anuladas pelo Poder Judiciário Trabalhista e o empregado, mantido no emprego.

Duas teses jurídicas têm prevalecido nas decisões dos Tribunais:

---

[181] - Normas da Organização Mundial de Saúde – OMS, que dispõem sobre o atendimento e o tratamento das pessoas portadoras do vírus HIV. Neste sentido, veja ainda as Diretrizes sobre AIDS e primeiros socorros no local de trabalho, da OIT e da OMS, a Resolução CREMERJ nº 35/91, e CHÁVEZ, Victor H. Alvarez, e DAVI, Héctor Carlos, op. cit., pp. 87-144 e 170-6.

[182] - Cf. os termos definidos nos artigos 492 a 500, da CLT.

[183] - No Brasil, são portadores de garantia provisória de emprego: (a) o dirigente sindical (art. 8ºVIII, CF e art. 543, § 3º, da CLT), (b) a empregada gestante (art. 10, II, "b", do ADCT, da CF), (c) o membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA representante dos empregados (art. 10, II, "a", do ADCT, da CF, art. 165, da CLT e Enunciado nº 339 do TST), (d) o empregado acidentado no trabalho (art. 118, da Lei nº 8.213/91), (e) o membro representante dos empregados na Comissão de Conciliação Prévia – CCP instituída no âmbito da empresa (art. 625-B, da CLT, dispositivo incluído pela Lei nº 9.958/2000), entre outros.

[184] - Cf. art. 10, I, do ADCT, da CF e art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/1990.

A primeira – dispensa discriminatória – considera nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser soropositivo ou doente de AIDS e, em regra, determina o seu retorno ao trabalho, declarando, por vezes, ser ele estável.

Na ausência de norma jurídica que assegure a estabilidade do empregado, os Tribunais, por força do disposto nos artigos 8º e 9º, da CLT[185], têm se valido da analogia, da equidade, dos princípios e das normas gerais de direito, do Direito Comparado, dos usos e dos costumes para fundamentar suas decisões. Assim decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, quando do julgamento do Processo TST-RR nº 0.217.791/1995[186].

A segunda – dispensa obstativa de direito – proíbe a dispensa do empregado doente de AIDS, por considerá-la obstativa do direito de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando seja o empregado reintegrado nas suas funções. Assim decidiu o TRT da 2ª Região/São Paulo, quando do julgamento do Processo RO-02.920.254.140[187].

---

185 - Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e ainda de acordo com os usos e costumes e o Direito Comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
Parágrafo único. O direto comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.
Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

186 - REINTEGRAÇÃO – EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS – "Caracterização de despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da AIDS, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou as lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente para amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que sem sombra de dúvida lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da Republica Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida." (PROC: TST-RR nº 0.217.791/1995, Acórdão nº: 0003.473, ano: 1997, data: 14-05-97, Rel. Min. Valdir Righetto). Recurso de revista conhecido em parte e desprovido. (PROC: TST-RR nº: 205.359/1995, 2a T, Acórdão nº: 12269, decisão: 05.11.1997, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, in DJU de: 19.12.1997, pg: 67927).

187 - AIDS – DOENÇA MANIFESTA – Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus HIV, ou seja, quando a doença denominada AIDS já se manifestou, a dispensa sem justo motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois se caracteriza como obstativa ao percebimento do direito previdenciário contido na Lei no 7.670 de 08 de setembro de 1988. É sobejamente sabido que o empregado gravemente enfermo, com doença letal em desenvolvimento, não poderá ser demitido: o art. 476 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro ao informar que o empregado que está em auxílio-doença ou auxílio-enfermidade é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício, não

Essas teses têm norteado a solução da maioria dos processos judiciais trabalhistas, que versam sobre a dispensa de portador do vírus HIV ou doente de AIDS. Processos dessa natureza podem tramitar sob segredo de justiça, bastando, para tanto, que a parte interessada apresente requerimento nesse sentido[188].

Além do direito nacional, algumas decisões judiciais têm adotado, entre seus fundamentos, as normas internacionais, a exemplo das convenções da OIT, como ocorreu no julgamento do Processo TST-E-RR nº 0.217.791/1995, quando o Tribunal Superior do Trabalho declarou ser nula a dispensa motivada pelo fato de o empregado ser soropositivo, reconheceu ser incontestável a atitude discriminatória da empresa e determinou a reintegração do trabalhador no emprego. Em seu voto, o Ministro Vantuil Abdala, empregou como fundamento, dentre outros, as Convenções Internacionais da OIT de n. 111/58, 117/62, a Declaração conjunta da OMS/OIT sobre AIDS, de 1988, admitidas no direito nacional por força do art. 8º da CLT[189].

III – AIDS EA OIT ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A primeira manifestação oficial da OIT – Organização Internacional do Trabalho sobre o HIV/AIDS ocorreu entre os dias 27 e 29 de junho de 1988, quando da realização, juntamente com a OMS – Organização Mundial da Saúde (Programa Mundial sobre a AIDS), de uma "Reunião Consultiva sobre AIDS no local de trabalho", em Genebra[190].

Como resultado desta reunião, a OIT e a OMS aprovaram a "*Declaração da Reunião de Consulta OIT/OMS sobre AIDS no Local de Trabalho*[191]". Nesse documento, as Organizações apresentam as suas orientações acerca do trato desta questão.

A Declaração definiu os princípios políticos que deveriam nortear a ação contra a AIDS nos locais de trabalho, destacando-se que: (a) a proteção

se pondere no sentido de que o autor não estava em seguro-doença, ou auxílio enfermidade, uma vez que a reclamada impediu-lhe a obtenção desse benefício quando o demitiu. Não pode a reclamada obstar o reclamante de perceber o benefício previdenciário e talvez a aposentadoria. (TRT 2ª RG, RO-02.920.254.140, Ac. 7ª T. no 35.453/94, Rel. Juíza Rosa Maria Zuccaro, DOE de 08.09.94, Revista Synthesis 21/95, p. 228; cf. BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTR. 1997, pp. 98-9).

188 - Cf. art. 781, § 1º, da CLT e art. 155, do CPC.

189 - Processo TST-E-RR nº 0.217.791/1995, SSEDI-1, ano: 2000, decisão de 07.02.2000, Rel. Min. Vantuil Abdala.

190 - Os textos da OIT mencionados neste capítulo podem ser encontrados no site www.ilo.org.

191 - Statement from the Consultation on AIDS and the Workplace, Genebra, junho 1988.

da dignidade e dos direitos humanos de pessoas infectadas pelo vírus HIV e as doentes de AIDS, é essencial para prevenir e combater o HIV/AIDS; (b) os trabalhadores infectados que se encontrarem sãos dever ser tratados exatamente como qualquer outro trabalhador, bem como aqueles que tenho desenvolvido a AIDS ou alguma enfermidade com ela relacionada.

As Organizações definiram ainda outros princípios, que foram desdobrados e agrupados em dois núcleos básicos. Um primeiro grupo, referente às pessoas que estavam procurando um emprego, e outro, em relação às pessoas que se encontravam trabalhando. Às pessoas que procuram um emprego não devem ser impostos, nem delas se deve exigir, quando do processo de admissão, quaisquer dos procedimentos de detecção prévia do vírus HIV/AIDS, vez que poderiam constituir-se em prática discriminatória.

Quanto às pessoas que se encontravam trabalhando, definiu-se que: (a) não se deve exigir o exame para detecção do HIV/AIDS, seja por métodos diretos ou indiretos; (b) respeitar o caráter confidencial de toda informação médica; (c) o empregado não deve ser obrigado a informar ao seu empregador sua situação em relação ao HIV/AIDS e protegido de todo tipo de discriminação ou de estigmatizações, ter direito a mantença do emprego e a mudança das condições de trabalho quando necessárias, pois a infecção pelo HIV/AIDS não proporciona, por si mesma, qualquer limitação à capacidade de trabalho do empregado, porém se este se encontrar debilitado, medidas devem ser tomadas, no sentido de promover as alterações necessárias e razoáveis dessas condições, de modo a possibilitar a continuidade da prestação de serviços; (d) quando determinada situação exigir primeiros socorros no local de trabalho, medidas devem ser adotadas para reduzir o perigo de qualquer infecção sanguínea.

A OIT, a OMS e a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha elaboraram em conjunto outro documento, denominado "*Diretrizes sobre a AIDS e os Primeiros Socorros no Local de Trabalho*[192]", onde foram detalhados cuidados a serem tomados na reanimação boca a boca de trabalhadores que sofram uma hemorragia, que recebam respingos de sangue, ou que tiverem contato com sangue na prestação de primeiros socorros, etc.

Posteriormente, em Windhoek, na Namíbia, África, no período de 11 a 13 de outubro de 1999, a OIT realizou a "Seminário Regional Tripartite sobre Estratégias para Abordar as Implicações Sociais e Trabalhistas do VIH/AIDS[193]". Nele se aprovou a "*Plataforma de Ação sobre HIV/AIDS no Contexto do Mundo do Trabalho na África"*, e se definiram os valores comuns que deveriam nortear

[192] - CHAVEZ, Victor H. Alvares, e DAVI, Héctor Carlos. Sida en la empresa. Buenos Aires, EPE, 1991, pp. 172-6.

[193] - Regional tripartite workshop on strategies to tackle the social and labour implications of HIV/AIDS, Windhoek, October 1999

os futuros programas e políticas a serem implementadas e seus objetivos.

A Plataforma de Ação foi aprovada por unanimidade pelos Ministros do Trabalho africanos, presentes à 9ª Reunião Regional Africana da OIT, realizada em Abidjan, entre 8 e 11 de dezembro de 1999[194]. Neste encontro, também foi aprovada uma "*Resolução sobre o HIV e a AIDS no Contexto do Mundo do Trabalho na África*[195]". Estes documentos, embora focados à realidade laboral da Africa, podem servir como orientações para a implementação de ações no Brasil.

A 88ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 2000, aprovou a "*Resolução sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho*", apresentada pelo Conselho de Administração da OIT. A Resolução exorta os governos dos Estados-Membros e as organizações de empregados e empregadores a: (a) ampliarem a conscientização nacional, especialmente no âmbito do trabalho, com vistas a eliminar o estigma e a discriminação sobre o HIV/AIDS e a combater a cultura de segregação; (b) reforçar os sistemas de segurança e saúde no trabalho; dentre outras ações[196].

Durante a Conferência, foi realizada a "Reunião Especial de Alto Nível sobre o HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho[197]", quando foi submetido à apreciação um relatório global sobre o tema elaborado pela Secretaria da OIT[198]. O documento destaca o importante papel que a OIT deve desempenhar neste contexto, contribuindo para o estabelecimento de uma aliança mundial com vistas a encontrar uma solução global para os portadores do HIV/AIDS no mundo do trabalho; promovendo iniciativas mundiais; e, apoiando também as iniciativas a nível nacional e das empresas.

Para tanto, foi criado, na ocasião, o Programa Mundial da OIT sobre HIV/AIDS no Mundo do Trabalho – um programa de cooperação técnica da

---

194 - INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. HIV/AIDS in Africa: The impact on de world of work. Geneva, ILO, 2000, p. 25.

195 - Para conhecimento mais detalhado da atual realidade dos países africanos em relação aos problemas decorrentes do HIV/AIDS e de seus reflexos no mundo do trabalho, veja: El SIDA en el mundo del trabajo: cuando la información no es suficiente. In Revista de la OIT, no 35, pp. 8-9 e 32, jul. 2000, e BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. Action contre le HIV et le SIDA en Afrique. Genève, BIT, 2000, pp. 1-27.

196 - ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Resolución Relativa al VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo.

197 - OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Reunión Especial de Alto Nivel sobre el HIV/SIDA y el Mundo del Trabajo: resumen de las labores del grupo especial técnico tripartito. Ginebra, OIT, 2000, p. 16.

198 - OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. VIH/SIDA: Una Amenaza para el Trabajo Decente, la Productividad y el Desarrollo. Ginebra, OIT, 2000, pp. 1-2.

OIT que tem por objetivo implementar a aplicação da Resolução e das ações da OIT sobre HIV/AIDS[199]. Foi ainda celebrado um acordo de cooperação entre a OIT e o UNAIDS – Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS.

Em maio de 2001, foi realizada, na sede da OIT em Genebra, uma reunião técnica internacional que contou com a participação de representantes de governos, organizações de empregadores e de trabalhadores[200]. Nesta reunião aprovou-se o "*Repertório de Recomendações Práticas sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho*[201,202]". Esse documento foi lançado oficialmente pelo Diretor-Geral da OIT, em junho de 2001, por ocasião da Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre HIV e AIDS (UNGASS-AIDS), realizada em Nova York, no período de 25 a 27 de junho de 2001[203].

O Repertório é um instrumento complementar às Convenções e Recomendações da OIT[204]. Desde sua criação em 1919, a OIT e suas estruturas tripartites construíram um sistema de normas internacionais sob a forma de Convenções e Recomendações[205]

---

199 - OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO – Consejo de Administración. Curso que há de darse a la resolución relativa al VIH/SIDA y el mundo del trabajo, adaptada por la Conferência Internacional del Trabajo em su 88ª Reunión (2000). Ginebra, OIT, 2000, pp. 1-6.

200 - AGUIAR, Paulo Junqueira (Assessor Técnico – Unidade de Prevenção da Coordenação Nacional de DST e AIDS – Ministério da Saúde) Informes.

201 - ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/AIDS y el Mundo del Trabajo. Ginebra: OIT. 2001. 58 pp.

202 - Para conhecimento mais detalhado da Recomendação veja VALENTIM, João Hilário. "Legislação Nacional sobre HIV/AIDS no Mundo do Trabalho". *In* CUNHA, Maria Beatriz (Coord.). HIV/AIDS no Mundo do Trabalho: As ações e a Legislação Brasileira. Brasília: OIT, 2002, p.76-79.

203 - A UNGASS-AIDS teve por finalidade discutir e adotar uma estratégia global de luta contra o HIV/AIDS. Durante a reunião, os Países-membros das Nações Unidas adotaram a "Declaração de Compromisso sobre HIV/AIDS", que estabelece uma série de acordos com relação ao combate ao HIV/AIDS. Alguns trechos do documento referem-se à questão da discriminação dos portadores de HIV/AIDS:
Preâmbulo – o cumprimento efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos é um elemento essencial na resposta global à pandemia do HIV/AIDS, assim como reduz a vulnerabilidade ao HIV/AIDS e previne o estigma e a respectiva discriminação contra pessoas vivendo com, ou com risco do HIV/AIDS.
Parágrafo 37 – garantia de desenvolvimento e implementação, até 2003, de estratégias nacionais multisetoriais para (sic) confrontar o estigma, o silêncio e a negação; eliminar a discriminação e marginalização.
Parágrafo 58 – criação, fortalecimento e aplicação de legislação, regulamentos e outras medidas de eliminação de todas as formas de discriminação.

204 - Ver Apêndice IV, V e VI do Repertório de Recomendações Práticas sobre o HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. OIT/MS/SESI; Brasília, 2002.

205 - A OIT tem como órgão máximo a Conferência Geral dos Estados-Membros, que pronuncia-

A versão em língua portuguesa do Repertório foi lançada em São Paulo, em 14 de maio de 2002, quando da realização do "Seminário Nacional sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho", promovido pela OIT-Brasil e pelo Ministério da Saúde.

O Repertório estabelece as diretrizes para o enfrentamento do HIV/AIDS no local de trabalho, promovendo o trabalho decente e a eliminação da discriminação em matéria de AIDS[206].

As diretrizes nas quais se funda o Repertório são: (a) prevenção do HIV/AIDS; (b) gestão e a atenuação dos efeitos do HIV/AIDS no local de trabalho; (c) assistência e apoio aos trabalhadores infectados pelo HIV ou doentes de AIDS; e, (d) erradicação do preconceito e da discriminação contra as pessoas portadoras ou supostamente infectadas pelo vírus HIV.

O Repertório se aplica a todos os empregadores e trabalhadores do setor público e privado, incluídas as pessoas que estão procurando emprego e a todas as formas de trabalho formal e informal[207]; define os princípios fundamentais que devem nortear a ação contra a AIDS nos locais de trabalho; incentiva a organização de programas de informação e educação nos locais de trabalho, como meios de prevenção à propagação da enfermidade, e a realização de cursos de formação, focados e adaptados às necessidades dos diferentes grupos aos quais se destinam[208]; estabelece um rol de direitos e responsabilidades para os governos, os empregadores, os trabalhadores e os seus respectivos representantes.

Sobre os testes de detecção do vírus HIV, dispõe o Repertório que não deveriam ser efetuados nos locais de trabalho, exceto nas situações descritas[209];

---

se sobre a aceitação dos temas à ela submetidos através de dois instrumentos, as convenções e as recomendações. As Convenções são tratados internacionais sujeitos à ratificação pelos Países-Membros. As Recomendações, não são passiveis de ratificação, porém orientam o estabelecimento de políticas e de ações nacionais, estando os Estados-membros da Organização obrigados a submetê-las às autoridades nacionais competentes pela matéria, dentro do prazo de um ano, contados do encerramento da Conferência, a fim de que estas as transformem em leis ou adotem outras medidas de outra natureza, conforme disposto nos art. 2 e 19, da Constituição da OIT. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/inst/fund/docs/index.php.

206 - ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, op. cit. p. 1.

207 - Idem, pp.1-3.

208 - ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, op. cit. pp. 14-17.

209 - Três são as exceções que o Repertório faz em relação aos testes de detecção do vírus: (1) os realizados pela vigilância epidemiológica, (2) os voluntários e (3) nos casos de suspeita de contaminação, em razão da exposição a um risco profissional, a exemplo dos estabelecimentos nos quais o empregado esteja sujeito ao contato com sangue humano, tecidos ou líquidos corporais. Nestes estabelecimentos ou empresas, diga-se, o Repertório sugere que deve haver a previsão de procedimentos tendentes a reduzir ou eliminar o perigo de infecção e de acidentes do trabalho.

afirma que tais testes não são necessários, porque põem em risco os direitos humanos e a dignidade dos trabalhadores.

Trata-se, como se pode observar, de um documento bastante minucioso e avançado sobre o enfrentamento do HIV/AIDS no local de trabalho, que conclama a responsabilidade e a participação de todos os interessados no enfrentamento da epidemia no local de trabalho.

A 99ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 2 de junho de 2010, fez história ao aprovar, por 439 votos a favor, 4 contra e 11 abstenções, a "*Recomendação de nº 200, sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho*", primeira norma internacional[210] sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho. A Recomendação se aplica a todos os trabalhadores, independente da modalidade ou do local de trabalho; tenham um emprego ou uma ocupação, estejam ou não em processo de formação, inclusive estagiários e aprendizes, em trabalho voluntário, em busca de emprego ou participando de processos de seleção, bem como aqueles que estejam com os seus contratos suspensos ou interrompidos.

Estabelece os princípios gerais que devem ser observados nas ações nacionais no trato do HIV/AIDS, dentre os quais destacamos: (a) reconhecer como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos; (b) reconhecer e tratar como tema permanente ao local de trabalho, devendo contar com a inteira participação de organizações de empregadores e trabalhadores; (c) não deve haver discriminação ou estigmatização de trabalhadores; (d) a prevenção deve ser prioridade fundamental; (e) assegurar aos trabalhadores, suas famílias e dependentes o acessos a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV/AIDS, (f) inclusive, usufruir de proteção a sua privacidade.

Define orientações por serem adotadas nos programas nacionais de trato do HIV/AIDS, em especial, no trato da discriminação e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento.; prevenção; tratamento; apoio; diagnostico, privacidade e sigilo; segurança e saúde no trabalho; no trato de crianças e jovens. Dispõe, ainda, sobre formas de implementação dos programas nacionais, estimulando a participação das organizações de empregados e de empregadores, além do Estado; o dialogo social; a educação, formação, informação e consulta; a cooperação internacional; dentre outras[211].

Importa, por fim, destacar que há outras normas da OIT que, embora não versem especificamente sobre HIV/AIDS no mundo do trabalho, se aplicam à

[210] - Ver nota n. 80.

[211] - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – Escritório no Brasil. Recomendação 200 sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho: OIT-BR. 2010. 39 pp. Disponivel em: http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=492 e http://www.oit.org/ilolex/spanish/index.htm

questão. São as seguintes Convenções e Recomendações da OIT:

a) Convenção nº 87, de 1948, sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Associação[212];
b) Convenção nº 97, de 1949, sobre Trabalhadores Migrantes (Revista), ratificada em 18 de junho de 1965;
c) Convenção nº 98, de 1949, sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, ratificada pelo Brasil em 18 de novembro de 1952 [213, 214];
d) Convenção nº 102, de 1952, sobre Seguridade Social (Normas Mínimas);
e) Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 [215];
f) Convenção nº 117, de 1962, sobre Política Social (Normas e Objetivos Básicos), ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969;
g) Convenção nº 121, de 1964, sobre Benefícios por Acidentes de Trabalho;

[212] - O Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 87 da OIT. Em 29 de agosto de 1984, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de decreto legislativo referente à ratificação da Convenção, que foi encaminhado ao Senado Federal para apreciação, cf. CÓRDOVA, Efrén. A organização sindical brasileira e a Convenção 87 da OIT. 2.ed. São Paulo: IBRART. 1986. p.9. Importa destacar, entretanto, que o Brasil é signatário da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Segmento, adotada em junho de 1998. A Organização definiu quatro princípios relativos aos direitos fundamentais, a saber: a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. As Convenções Internacionais da OIT, que definem os princípios e os direitos fundamentais no trabalho, são as Convenções nº 87/1948, sobre liberdade sindical, nº 98/1949, sobre negociação coletiva, nº 29/1930, sobre trabalho forçado, nº 105/1957, sobre abolição do trabalho forçado, nº 138/1973, sobre idade mínima para o trabalho, nº 182/1999, sobre piores formas de trabalho infantil, nº 100/1951, sobre igualdade de remuneração, e a nº 111/1958, sobre discriminação no emprego e profissão. Registre-se que o Brasil já ratificou sete destas Convenções, faltando para ser ratificada apenas a de nº 87. Sobre o tema, veja ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Segmento. Genebra, OIT, 1998, pp. 7-15, e TAPIOLA, Kari. Empresas Multinacionais e os desafios sociais do século XXI. Genebra, OIT, 1999, pp. 14-15.

[213] - Ratificada em 18.11.1952; cf. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ILOLEX.

[214] - A Convenção nº 98 é complementada pela de nº 154, de 1981, que dispõe especialmente sobre a promoção da negociação coletiva; também pela de nº 141, de 1975, sobre organizações de trabalhadores rurais, e da nº 151, de 1978, que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva dos servidores públicos; cf. SUSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. 3a ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 345. (As Convenções nº 141 e 154 também foram ratificadas pelo Brasil)

[215] - Aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 104, de 1964, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150, de 19.01.1968.

h) Convenção nº 143, de 1975, sobre Trabalhadores Migrantes (Disposições Complementares);
i) Convenção nº 149, de 1977, sobre Pessoal de Enfermagem;
j) Convenção nº 154, de 1981, sobre Negociação Coletiva, ratificada pelo Brasil em 10 de julho de 1992;
k) Convenção nº 155 e Recomendação nº 164, de 1981, sobre Segurança, Saúde dos Trabalhadores e Meio Ambiente do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992 [216];
l) Convenção nº 158 e Recomendação nº 166, de 1982, sobre Término de Contrato[217,218]
m) Convenção nº 159, de 1983, sobre Reabilitação Profissional e Emprego (Deficientes Físicos), ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990 [219];
n) Convenção nº 161 e Recomendação nº 171, de 1985, sobre Serviços de Saúde no Trabalho, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990 [220];
o) Convenção nº 175, de 1994, sobre o Trabalho em Tempo Parcial;
p) Convenção nº 181, de 1997, sobre Agências de Emprego Privada;
q) Convenção nº 182 e Recomendação nº 190, de 1999, sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, ratificada em 2 de fevereiro de 2002.

Além destas duas formas oficiais, a Conferência Internacional do Trabalho e todos os órgãos que formam a OIT freqüentemente aprovam outros documentos, tais como Repertórios de Recomendações Práticas, Resoluções e Declarações. Os documentos abaixo se aplicam à questão do HIV/AIDS e o mundo do trabalho:

a) Repertório de Recomendações Práticas sobre Gestão de Questões Relativas ao Álcool e às Drogas no Local de Trabalho, de 1996;
b) Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção dos Dados

---

216 - Aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17.03.1992, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.254, de 29.09.1994.

217 - Aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 68, de 29.08.1992, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.855, de 10.04.1996 (DOU 11.04.96 e retif. DOU 26.09.1996) e denunciada pelo Poder Executivo através do Decreto nº 2.100, de 20.12.1996.

218 - Observe-se que não é pacífico na doutrina nacional o entendimento acerca da perda da vigência da Convenção 158 da OIT. Alguns autores consideram que a Convenção ainda vige. Este é o entendimento de Jorge Luiz Souto maior; cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000, p.331-9.

219 - Aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 51, de 25.08.1989 (DOU 28.08.1989), e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 129, de 22.05.1991 (DOU 23.05.1991).

220 - Aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 86, de 14.12.1989, e promulgada no Brasil pelo Decreto no 127, de 22.05.1991 (DOU 23.05.1991).

Pessoais dos Trabalhadores, de 1997;

c) Diretrizes Técnicas e Éticas para a Vigilância de Saúde dos Trabalhadores, de 1998;

d) Repertório de Recomendações Práticas sobre a Gestão da Deficiência no Local de Trabalho, de 2001.

A Organização parece caminhar no sentido da adoção de uma Convenção Internacional sobre o tema, o que se constituirá um grande avanço normativo no trato do HIV/AIDS no mundo do trabalho.

IV – CONCLUSÃO

O fato de o trabalhador estar infectado pelo vírus HIV, seja na condição de portador assintomático ou tenha a doença manifesta, não o incapacita ou impede de trabalhar, vez que não acarreta prejuízo da sua capacidade de laboral, nem oferece risco no convívio profissional, desde que adotadas adequadas medidas de proteção e prevenção. Tem o portador do vírus o seu direito ao trabalho assegurado, como qualquer outro empregado, não podendo ser preterido, estigmatizado ou discriminado, seja quando de sua postulação a um posto de trabalho, seja na vigência do contrato, seja dispensado por este motivo.

O trabalho pode ser um dos elementos de estabilização da enfermidade. Estar trabalhando pode propiciar à pessoa a condição necessária para prover o seu sustento e a sua alimentação, tão importantes para o seu tratamento.

Entretanto, não é qualquer trabalho, prestado de qualquer modo ou forma. Necessário se faz que o ambiente seja saudável, física, psíquica e mentalmente, além de sensível e acolhedor às necessidades do portador do vírus HIV e não fonte de exclusão social do enfermo. Deve contribuir para estancar o preconceito, melhorar a sua condição de vida e incluí-lo socialmente, o que se efetiva com fundamento nos valores de justiça, de solidariedade, de proteção, no respeito ao trabalhador e aos seus direitos fundamentais, tais como o respeito à vida, à saúde, à dignidade, à igualdade, à cidadania, ao bem-estar social, dentre outros. À falta destas condições e valores, o trabalho poderá ser um co-fator a contribuir para a manifestação e/ou agravamento da enfermidade ou para o aumento da suscetibilidade individual à infecção.

Infelizmente em nossa sociedade, o portador do vírus HIV/AIDS ainda é, estigmatizado e discriminado, necessitando de proteção normativa especial, que assegure a efetividade de seus direitos e coíba de modo eficaz toda agressão ou tentativa que implique no desrespeito à sua pessoa ou aos seus direitos.

Apesar de o local de trabalho se constituir em excelente fonte de informação acerca da prevenção e do combate à enfermidade, ainda não é utilizado com proveito para este fim. Os problemas específicos da AIDS, neste contexto, ainda são inadequadamente tratados. Realidade que deve ser enfrentada e modificada. Muito já avançamos neste sentido, é verdade, e os marcos normativos ora destacados bem o demonstram, mas ainda há um longo caminho por ser percorrido.

Referências

ALEIXO, Carlos Antônio de Oliveira. Central de Atendimento do Trabalhador com HIV/AIDS – CAT-HIV/AIDS. Porto Alegre, 2001[mimeogr.].

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTR. 1997.

BELLUCCI, Kleber Guerreiro. "Estabilidade e direito coletivo". *In* Boletim AIDS e o Direito. São Paulo: Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS – São Paulo – GAPA - SP/Ministério da Saúde - CN DST - AIDS/UNESCO, jan., 2000.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. Action contre le HIV et le SIDA en Afrique. Genève, BIT, 2000, pp. 1-27.

CAMARGO JR., Kenneth Rochel de. "Políticas públicas e prevenção em HIV/AIDS". *In* PARKER, Richard, GALVÃO, Jane, e BESSA, Marcelo Secron. (Organizadores). Saúde, Desenvolvimento e Política: Respostas frente à AIDS no Brasil. Rio de Janeiro, ABIA, São Paulo, Ed. 34, 1999.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES - INSTITUTO NACIONAL DE SAÚDE NO TRABALHO. Combate à AIDS.

CHAVEZ, Victor H. Alvares, e DAVI, Héctor Carlos. SIDA en la empresa. Buenos Aires, EPE, 1991.

CÓRDOVA, Efrén. A organização sindical brasileira e a Convenção 87 da OIT. 2ª ed. São Paulo: IBRART. 1986.

CORTÊS, Iáris Ramalho. "AIDS e o Congresso Nacional". *In* Seminário Nacional sobre AIDS e o Direito, I, 1991, São Paulo. Anais... São Paulo: [s. nº], 1991.

DHALIA, Carmem B., BARREIRA, Draurio, e CASTILHO, Euclides A. "A AIDS no Brasil: situação atual e tendências". *In* Direitos Humanos, Cidadania e AIDS. São Paulo, Cortez, 2000. (Cadernos ABONG, nº 28).

"El SIDA en el mundo del trabalho: cuando la información no es suficiente". *In* Revista de la OIT, nº 35, pp. 8-9 e 32, jul. 2000.
FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS QUÍMICAS E

FARMACÊUTICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Propostas para atuação das ações preventivas de DST/AIDS do Projeto *Verão sem AIDS e Drogas* – FEQUIMFAR/FORÇA SINDICAL. São Paulo, FEQUIMFAR, s.d. [mimeogr.].

FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. O Ministério Público do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo, Faculdade de Direito, 1989 (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Associação civil e interesses difusos no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, Faculdade de Direito, 1989 (Dissertação de Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, l989.

FORÇA SINDICAL. Um projeto para o Brasil: a proposta da Força Sindical/ Coordenação Central. São Paulo: Geração Editorial, 1993.

GOMES, Maurício da Costa. "Reintegração judicial de trabalhadores soropositivos, dispensados do trabalho discriminatoriamente e/ou preconceituosamente". *In* Boletim em Direitos Humanos HIV/AIDS. Brasília: GRUPO PELA VIDDA-RIO DE JANEIRO – Boletim pela Vidda. Ano X, nº 34, jan./abr., 2000.

GALVÃO, Claribalte Vilarim de Vasconcelos. Teoria e Prática do Processo Trabalhista. Rio de Janeiro, Aurora, 1956, livro I.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. HIV/AIDS in Africa: The impact on the world of work. Geneva, ILO, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. Reintegração no emprego do empregado aidético. Suplemento Trabalhista LTr, São Paulo, nº 102/93.

_____. Direito do Trabalho. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MINISTÉRIO DA SAÚDE – COORDENAÇÃO NACIONAL DE DST E AIDS – ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO. Agência de Notícias – 25.06.2001. Brasília: MS, jun. 2001. (mimeogr.).

_____. Manual de Diretrizes e Técnicas para Elaboração e Implantação de Programas de Prevenção e Assistência das DST/AIDS no Local de Trabalho. Brasília, Ministério da Saúde, 1998.

_____. Boletim Epidemiológico AIDS: Semana Epidemiológica 48/99 a 22/00 – dezembro/1999 a junho/2000. Brasília, MS, ano XIII, nº 1, jun. 2000.

_____. SECRETARIA DE PROJETOS ESPECIAIS DE SAÚDE – COORDENAÇÃO NACIONAL DE DST E AIDS. Catálogo de ações, produtos e serviços em DST/AIDS no local de trabalho. Brasília: Ministério da Saúde, 1997.

_____. Catálogo de ações, produtos e serviços em DST/AIDS no local de trabalho. Brasília: Ministério da Saúde, 1997.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – Assessoria Internacional. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasil. Gênero e raça: todos pela igualdade de oportunidades: teoria e prática. Brasília, MT, 1998.

_____. O trabalhador e o HIV/AIDS. 2ª ed. Brasília, MT/Assessoria Internacional, 2000.

_____. Núcleos de Cidadania e Trabalho contra a Discriminação no Emprego.

_____. O Trabalhador e o HIV/AIDS. 2ª ed., Brasília: M.T.E./Assessoria Internacional, 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO. Discurso de posse do Procurador-Geral do Trabalho.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO – Consejo de Administración. Curso que há de darse a la resolución relativa al VIH/SIDA y el mundo del trabajo, adaptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 88ª Reunión (2000). Ginebra, OIT, 2000.

_____. Reunión Especial de Alto Nivel sobre el HIV/SIDA y el Mundo del Trabajo: resumen de las labores del grupo especial técnico tripartito. Ginebra, OIT, 2000.

_____. VIH/SIDA: Una Amenaza para el Trabajo Decente, la Productividad y el Desarrollo. Ginebra, OIT, 2000.

_____. Plataforma de Ação sobre HIV e AIDS no Contexto do Mundo do Trabalho na África.

_____. Declaração Consensual sobre a AIDS no Local de Trabalho.

_____. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Segmento. Genebra, OIT, 1998, pp. 7-15 e TAPIOLA, Kari. Empresas Multinacionais e os desafios sociais do século XXI. Genebra, OIT, 1999.

_____. Resolução sobre o HIV e a AIDS no Contexto do Mundo do Trabalho na África.

_____. Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/AIDS y el Mundo del Trabajo. Ginebra: OIT. 2001.

_____. Resolución Relativa ao VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SILVA JÚNIOR, Hédio. "As políticas de promoção da igualdade no Direito Internacional e na legislação brasileira". *In* HERINGER, Rosana (Org.) A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro, IERÊ, 1999.

SLAFF, James I., e BRUBAKER, John K. AIDS a epidemia. São Paulo, abril, 1987.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

_____. Direito internacional do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr. 2000.
TAPIOLA, Kari. Empresas Multinacionais e os desafios sociais do século XXI. Genebra, OIT, 1999.

TEIXEIRA, Maria Aparecida Silva Bento. "Institucionalização da luta anti-racismo e branquitude." *In* HERINGER, Rosana (Org.) A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro, IERÊ, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1991.

VALENTIM, João Hilário. AIDS e relações de trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

_____. "Legislação Nacional sobre HIV/AIDS no Mundo do Trabalho". *In* CUNHA, Maria Beatriz (Coord.). HIV/AIDS no Mundo do Trabalho: As Ações e a Legislação Brasileira. Brasília: OIT, 2002.

PARTE II
DISCRIMINAÇÃO E TUTELA NORMATIVA

HIV E AIDS NO AMBIENTE LABORAL: VISIBILIDADE, DISCRIMINAÇÃO E TUTELA JURÍDICA DE DIREITOS HUMANOS

Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Sumário. 1. Introdução. 2 A abordagem do tema e seus significados. 3 Aids como ameaça à vida e sua repercussão social. 4 O enfrentamento pelos poderes constituídos e pela sociedade. 5 Visibilidade da aids no ambiente laboral e seu enfrentamento na ação judicial. 6 Os trâmites da ação e a evolução do pensamento nos tribunais. 7 Contexto social e jurídico atual. 8 Considerações finais.

1 Introdução

Abordar a visibilidade do HIV e da AIDS no espaço do trabalho e perante os órgãos institucionais que lhe dão tutela, sob o viés de seu percurso histórico e à luz da teoria dos direitos humanos é primordialmente o objetivo deste estudo. Para tal objetivo é indispensável, primeiro, considerar atentamente os significados dessa abordagem; segundo, evidenciar que a evolução por que passaram e passam as instâncias oficiais e alguns segmentos organizados da sociedade tende a uma visão social e humana do problema; por fim, reconhecer que o processo de amadurecimento humano, que hoje se reflete na atuação expressiva de organismos internacionais e internos do País, ainda conserva carências e convida a superar obstáculos e resistências.

Propõe-se, neste estudo, alinhar alguns entre tantos significados possíveis de se abordar o tema, que se distingue em relevância, complexidade e amplitude de efeitos. Propõe-se, também, percorrer o caminho desde o ponto em que a AIDS foi revelada pela comunidade científica como um gravíssimo problema de saúde e como foi seu enfrentamento no ambiente laboral, nas instâncias oficiais destinadas ao seu controle e proteção do portador, em especial o Poder Judiciário e a comunidade jurídica internacional. Objetiva-se analisar, ao final, os limites de atuação das instâncias oficiais e sua eficácia considerando as barreiras ainda presentes na sociedade e as possíveis formas de superação.

2 A ABORDAGEM DO TEMA E SEUS SIGNIFICADOS

Refletir sobre a condição dos portadores de HIV, especialmente quando envolve sua necessidade de inserção no espaço laboral, significa, essencialmente, reconhecer que se trata de uma questão de direitos humanos e que a tutela desses direitos, que se destinam, primeiro, ao "gênero humano mesmo"[221] – às pessoas, consideradas em seu valor existencial supremo – é de valor inestimável. Significa afirmar que os direitos humanos, que refletem um construído axiológico a partir de um espaço simbólico de luta e ação social[222], e que ganharam reconhecimento em função do gradual desenvolvimento da consciência humana sobre uma nova racionalidade, são dotados de altíssimo teor de humanismo e de universalidade.

Pensar o tema à luz da teoria dos direitos humanos e da historicidade desses direitos[223] implica reconhecer que a sua descoberta e formulação colocou a humanidade diante de um processo sem fim, de construção sempre inacabada, que pode se alargar na medida em que se desenvolve o processo universalista. Como expressou Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução[224] e enquanto reivindicações morais nascem quando devem e podem nascer[225]. Ainda,

---

[221]BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

[222]PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

[223] Afirma-se que os direitos humanos surgiram, na essência, como direitos do "homem livre e isolado", que o individuo possui em face do Estado, como direitos de liberdade da pessoa particular, mas ganharam foros de universalidade quando a França exprimiu na Declaração de 1789 em três princípios o seu conteúdo possível: liberdade, igualdade e fraternidade. O passo seguinte seria inserir, na ordem jurídica positiva os conteúdos materiais relativos a aqueles postulados. Assim surgiram as três conhecidas gerações: direitos de liberdade, construídos no século XIX e considerados fundamentais de primeira geração, que abrangeram direitos civis e políticos; direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que no século XX constituíram os direitos de segunda geração; e a esses, a segunda metade do século XX acresceria uma nova dimensão, agora calcada no postulado da fraternidade, da solidariedade, o que derivou da consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Na perspectiva do indivíduo seriam direitos, por exemplo o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada, à moradia, hoje incorporados no art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988. Teóricos registram o que já formaria a quarta e a quinta gerações, que corresponderiam à institucionalização do Estado Social e abrangeriam, por exemplo, o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à paz.

[224] ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.

[225] PIOVESAN, Flávia. *Op. cit*. p. 4.

não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas[226].

Com foco, ainda, na historicidade dos direitos humanos, analisar o tema central deste estudo implica admitir a concepção contemporânea do caráter de indivisibilidade desses direitos, o que torna superada a ideia de que uma classe de direitos sobrepõe-se a outra. Assim, os chamados direitos de liberdade, construídos no século XIX (direitos civis e políticos); os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que surgiram no início do século XX; os que a partir da metade do século XX surgiram calcados nos postulados da fraternidade e da solidariedade e que na perspectiva do indivíduo, seriam, por exemplo, o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada; e os que contemporaneamente associaram-se à institucionalização do Estado Social e abrangem, por exemplo, o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à paz, todos são compreendidos como interdependentes e inter-relacionados[227].

Analisar a condição do portador do HIV, sob o enfoque proposto, significa extrair da Declaração de Direitos Humanos de 1948 a sua proposta jurídica mais genuína: a de proteger a dignidade da pessoa humana. Como defendeu Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos são processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta, pela particular manifestação da dignidade humana[228]. Significa inferir que quando proclamou no artigo primeiro que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos" e que são "dotadas de razão e consciência e devem agir em relação às outras com espírito de fraternidade"[229], a Declaração consagrou e evidenciou a inter-relação e a interdependência humanas e proclamou a responsabilidade que decorre dessa dinâmica: o dever de cada um considerar o outro em suas especificidades e necessidades e de contribuir para a sustentabilidade da vida humana. Traduzindo-se o espírito de fraternidade referido na Declaração, à

---

[226] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

[227] Essa concepção, já contemplada na Declaração Universal de 1948, é reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que no art. 5º declara: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (...)". DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, Tratado internacional. 1993. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm. Acesso em 28.09.2012.

[228] HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Artigo. p. 27. Disponível em: www.google.com.br.&fp=74fecb7f9bc5291&biw=1206&bih=670. Acesso em 28.09.2012.

[229] NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 28.09.2012.

luz dos deveres de virtude com os outros, corresponderia ao que Immanuel Kant havia chamado, ainda no século XVIII, de dever de humanidade[230], ou, como esclareceu, que embora "não seja em si mesmo um dever participar dos sofrimentos (bem como das alegrias) dos outros, constitui um dever se solidarizar ativamente com sua sorte"[231].

Tal perspectiva remete ao natural atributo humano da convivência e ao reconhecimento da igualdade de todos, ainda que num contexto de diferenças quanto às características particulares das pessoas. Remete, também, ao anseio do legislador constituinte brasileiro de 1988 de conceber um projeto de sociedade livre, justa e solidária, que assegure igualdade de participação a todos e permita o acesso aos benefícios da vida social, sem grandes desníveis. Esta perspectiva humanitária, que hoje caracteriza também o constitucionalismo social, o qual propugna pelo ideal de justiça social a partir da inserção em seu texto, de direitos considerados sociais[232], propõe conjugar os valores liberdade, igualdade e solidariedade em uma Carta de direitos e deveres com feição promocional, como se pretendeu com a Constituição de 1988[233].

Esse é o referencial teórico que conduzirá o presente estudo, pois não se pode tratar de temas como direitos sociais, discriminação no trabalho e tutela ao que padece pelo estigma de uma enfermidade como a AIDS sem agregar às formulações intelectuais, alto grau de sensibilidade e senso de humanidade.

Há, ainda, outros sentidos nessa abordagem, que merecem destaque.

Em 17/06/2010 a nonagésima nona sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho-OIT adotou a Recomendação 200, sobre a infecção pelo HIV e a AIDS e o mundo do trabalho[234], o que remete ao atual tratamento internacional sobre a matéria. O documento internacional

---

[230] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 300.

[231] *Idem*, p. 301.

[232] São considerados direitos sociais, de acordo com o art. 6º da Constituição federal de 1988: "(...) a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

[233] Paulo Bonavides considera que não é possível compreender o atual constitucionalismo, que considera como o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 "se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 373.

[234] GENEBRA. OIT. Recomendação sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 99ª Sessão, 17 de junho de 2010. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/node/277. Acesso em 02 de outubro de 2012.

convida a refletir sobre a importância da função da OIT quanto ao tema e sobre a necessidade de se intensificar esforços para combater a discriminação, em especial a que decorre da infecção de trabalhadores.

Proteger os trabalhadores por meio de programas destinados à segurança e a saúde no trabalho constitui um dos Objetivos do Milênio, como lançados pela Organização das Nações Unidas-ONU em 2000: "qualidade de vida e respeito ao meio ambiente"; e o objetivo específico: "combater a AIDS, a malária e outras doenças"[235]. Assim, a necessidade de promover e aplicar as convenções e recomendações internacionais do trabalho e de acentuar o papel das entidades representativas dos trabalhadores e empregadores, de avaliar o papel do local de trabalho quanto às medidas básicas de informação, prevenção, tratamento e assistência ao trabalhador infectado, significa reconhecer que a prevenção e o combate da enfermidade e de seus efeitos pessoais, sociais e profissionais é contribuição significativa para a efetividade dos direitos humanos. Essa contribuição está na base das reflexões contidas neste estudo.

A visibilidade do HIV e da AIDS no ambiente do trabalho pode ser resgatada por sua história, que remete à visão social do problema e à forma como o Poder Judiciário comportou-se e vem se comportando na tarefa de enfrentá-lo, quando se transforma em conflito entre os sujeitos da relação de emprego – empregado e empregador.

Tal história, em um sentido muito particular e especial, guarda relação muito próxima com a condição desta expositora que, atuando na Magistratura do Trabalho há mais de 20 anos, foi colocada à prova em algumas situações delicadas decorrentes de ações judiciais, em especial perante a uma das primeiras ações no País a analisar a AIDS no ambiente laboral. A atuação jurisdicional e o acompanhamento contínuo do evoluir doutrinário e jurisprudencial lhe permitiram constatar, assim como muitas situações positivas, uma triste realidade: a infecção pelo HIV, que leva à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, tem altíssimo potencial de estigmatizar, excluir, negar a condição de cidadão e marcar de forma indelével o trabalhador infectado, que se sujeita à mais considerável discriminação: por familiares, vizinhos, colegas de trabalho, superiores hierárquicos, o próprio empregador, a comunidade e a sociedade em geral. A tônica, nessa realidade, é não aceitar; é rejeitar e discriminar.

Parece apropriado, nesse contexto, resgatar a história da AIDS e de sua aceitação no meio social e, em especial, no ambiente laboral, a partir de um caso concreto e os desdobramentos que são inerentes ao trâmite processual. Trata-se, portanto, de uma história real, com personagens reais, local e forma

[235] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Oito Objetivos do Milênio. 2000. Disponível em: http://www.objetivosdomilenio.org.br/. Acesso em 02 de outubro de 2012.

de ocorrência reais, propostas de soluções concretas oriundas da visão e da consciência de magistrados de verdade, em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro e com solução final de uma vida que, para os registros formais da Justiça do Trabalho, foi selada com um número: autos de reclamação trabalhista nº 10.688/1993, que ingressou perante uma das Varas do Trabalho de Curitiba.

A história, como aconteceu, será o pano de fundo da abordagem que segue e com que se pretende demonstrar a trajetória da visibilidade social e jurídica do problema.

3 AIDS COMO AMEAÇA À VIDA E SUA REPERCUSSÃO SOCIAL

Em 1992 a Revista Super Interessante, na edição de julho, apresentava o seguinte dado no conjunto da reportagem sobre a matéria de capa "AIDS muitas novidades":

Em 1959 morria o suposto primeiro aidético, um marinheiro inglês com tantas doenças raras que, na época, o caso chegou a intrigar uma equipe de pesquisadores da Universidade de Londres. Vinte e cinco anos mais tarde, ao reexaminarem as amostras congeladas da biópsia, os cientistas constataram a presença do HIV naquele paciente[236].

O mesmo editorial informava que em 1980 descobriu-se oficialmente a enfermidade, depois que nos Estados Unidos foram registradas diversas ocorrências do chamado sarcoma de Kaposi, um raríssimo tumor de pele em que o organismo dos pacientes havia perdido a capacidade de destruir, por exemplo, células cancerosas[237]. Em 1981 seria oficialmente registrado o primeiro caso da enfermidade no Brasil, de um fotógrafo paulista, e de acordo com pesquisas da época, considerando o tempo médio de incubação do vírus no organismo dos portadores, estimava-se que o HIV tenha ingressado no País ainda em meados dos anos 70. Os anos de 1983 a 1990, que se caracterizaram pela intensificação das pesquisas e pela disputa entre França e Estados Unidos no que se refere aos direitos pela descoberta[238], também revelaram ao mundo a primeira droga capaz

[236] OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. *AIDS hoje*. Revista Super Interessante. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível também em: http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml. Acesso em 10 de outubro de 2012.

[237] Cientistas esclareceram que o câncer seria apenas um dos sintomas da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou AIDS, nome que origina do inglês: *Acquired Immunodefciency Syndrome*.

[238] Em 1991 terminava a disputa na justiça entre franceses e americanos que se diziam descobridores do HIV: os cientistas do Instituto Pasteur ganharam a causa, depois de provar, graças a exames nos genes do HIV que os microorganismos isolados pelo americano Robert Gallo nada mais eram do que filhotes daqueles vírus Luc Montaigner havia carregado na bagagem até os

de agir diretamente sobre o vírus impedindo sua proliferação por certo tempo[239].

O ano de 1993 daria início, perante a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná, a uma das primeiras ações ajuizadas no País que, somada às poucas já em trâmite e as que nos anos seguintes transformariam a Justiça do Trabalho em foro privilegiado de debates, colocariam seus magistrados em contato com o tema da AIDS no ambiente laboral[240].

Tratava-se de um trabalhador que em junho de 1991 obtivera a notícia que, à época e para a maioria das pessoas, soava como sentença de morte: era portador do HIV. Aí iniciou a dolorosa expectativa do aparecimento dos sintomas e a difícil tarefa de adaptar-se às modificações que ocorreriam em sua realidade diária, em especial a rejeição da família e a perda do emprego naquele ano.

A ação judicial denunciava que o autor, trabalhador qualificado como auxiliar de limpeza, fora despedido tão logo o empregador tomou conhecimento de sua condição de portador do HIV.

O autor afirmava que por determinação do empregador, como ocorria com todos os empregados, submeteu-se a exames médicos periódicos e, em posse de seus exames de sangue, o médico da empresa comunicou-lhe que tinha problema sério de saúde e deveria ser encaminhado para novos exames; nestes, confirmou-se que era portador do HIV e ao retornar ao médico da empresa indagou sobre sua situação futura, quando a resposta foi de que a decisão caberia à direção da empresa. Afirmava que o empregador, ciente do diagnóstico, despediu-o sem justa causa, forma de despedida que ocultava uma causa exclusivamente discriminatória e arbitrária. Pedia a declaração de nulidade da despedida e o reconhecimento de seu direito à reintegração ao emprego, com todas as vantagens salariais do período de afastamento.

O empregador, empresa do ramo de hipermercados, de abrangência multinacional, alegava que foi o próprio trabalhador quem comentou com colegas sobre o diagnóstico, o que teria causado alarme e apreensão entre eles. Afirmava que na época da despedida a confirmação foi tão aterrorizadora que se viu obrigado a desencadear, perante seu corpo funcional, campanhas de informação sobre a enfermidade e que a situação daquele trabalhador

Estados Unidos, oito anos antes. SUPER INTERESSANTE. Disponível em http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml . Acesso em 10 de outubro de 2012.

239 A primeira droga resultante das pesquisas foi o AZT. Foi um medicamento pioneiro, que demorou sete anos para aparecer e levou outros cinco anos como sendo a única arma específica de combate. *Idem*.

240 Respeitados os limites da pesquisa, que à época não era tão abrangente, constatou-se que havia ingressado ação de mesma natureza perante a 5ª Vara de Curitiba, em 1992, umas poucas em outras Varas do Trabalho no País e perante a Justiça Federal comum, neste caso ações ajuizadas em face do Estado e com as quais se buscavam meios para garantir assistência e tratamento médico ao cidadão infectado.

era tão delicada a ponto de experimentar rejeição dos próprios familiares e colegas, que se sentiam assustados, pois compartilhavam os mesmos serviços médicos e odontológicos. Afirmava que no exercício da função o trabalhador manuseava produtos alimentícios, inclusive não embalados, como carnes, frios e verduras e se o fato chegasse a conhecimento público poderia afastar a clientela, além de ser incontornável a situação entre os demais empregados e clientes; que a própria incerteza médica quanto às formas de contágio não lhe deixaram outra alternativa, senão a despedida do trabalhador. Sustentava que esses aspectos fáticos eliminavam o alegado caráter discriminatório e arbitrário da ruptura contratual.

O contexto em que ocorreu a despedida daquele trabalhador bem demonstra o estado de perturbação que dominava o pensamento e o comportamento sociais. Afinal, como alertou o médico Jonathan Mann, na condição de responsável pelo programa de controle da AIDS da Organização Mundial de Saúde-OMS, em 20 de outubro de 1987, aos participantes da Assembléia Geral da ONU, a infecção pelo HIV representa, na verdade, três epidemias: a primeira, da própria infecção pelo vírus; a segunda, das doenças infecciosas; e a terceira, das reações sociais, culturais, econômicas e políticas. Enfatizou que esta última é tão fundamental quanto a própria doença e, potencialmente, mais explosiva do que ela[241].

Quando diagnosticada pela primeira vez, a AIDS apareceu apenas como uma doença nova. Logo, porém, assumiu extraordinária dimensão, pelo incontido alarme médico após a identificação de inúmeros casos, inicialmente no território africano, depois nos demais continentes e em face dos grupos de risco detectados. A doença transformou-se, então, em um poderoso fator de discriminação social. A contaminação pelo HIV tornou-se sinônimo de morte e o número de infectados era cada vez mais significativo[242].

---

[241] MAN, Jonathan. Discurso. 42ª Assembléia Geral das Nações Unidas. Genebra, em 20 de outubro de 1987. Disponível em: http://apps.nlm.nih.gov/againsttheodds/pdfs/OB0855.pdf. Acesso em 05.10.2012.

[242] O Brasil contabilizou em 1984 aproximadamente 122 casos. Dados oficiais já indicavam em 1992, época do ajuizamento da ação mencionada no texto, o número de 24.704 casos. Alguns anos depois de diagnosticada, a doença já passava a fazer parte das preocupações cotidianas das pessoas no Brasil e no mundo, dados os índices alarmantes de contágio e a própria revisão que se tornou necessária quanto aos grupos de risco iniciais. Tomando-se pesquisa efetuada até junho de 2011, constata-se que o Brasil contava com 608.230 casos registrados de AIDS, condição em que a doença já se manifestou. Sé em 2010 foram notificados 34.218 casos da doença e a sua taxa de incidência no Brasil foi de 17,9 casos por 100 mil habitantes. Dados disponíveis em: http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil. Acesso em 05.10.2012. Dados também obtidos do Boletim Epidemiológico AIDS-DST, disponíveis em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf. Acesso em 05.10.2012.

Fontes de pesquisa indicam que já em 1983 instalou-se significativa onda de pânico em todos os continentes, quando se cogitou que a doença poderia ser transmitida pelo ar e por utensílios domésticos. Identificada em 33 países e confirmados 3.000 casos, com 1.383 óbitos nos Estados Unidos, impulsionaria a primeira Conferência sobre AIDS em Denver. Em 1984 ocorreria a morte de Gaetan Dugas, considerado o "paciente zero", pessoa que teria trazido o vírus à América. A providência imediata foi o fechamento de saunas gays na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, ao passo em que a Secretaria de saúde e serviços humanos daquele País declarava que em pouco tempo, antes de 1990, haveria vacina e cura disponíveis. Ao final daquele ano, 7.000 americanos tinham contraído a doença. Em 1985, com o avanço das pesquisas, o mundo viu reduzir significativamente o risco de transmissão transfusional do HIV e no mesmo ano morreria o ator Rock Hudson, primeira figura pública conhecida a ter falecido em função de AIDS. Ryan White, um menino de 13 anos e hemofílico, enfrentaria discriminação na escola, de onde seria expulso. Ocorreria a primeira Conferência Internacional de AIDS em Atlanta e ao final daquele ano a enfermidade já contava com relato de 51 países. O Brasil registrava a primeira transmissão perinatal, em São Paulo[243].

Alguns fatos registrados nos anos seguintes, de 1986 a 1989, foram significativos não só pela atenção, como pela apreensão com que foram recebidos. Paris abria-se como sede à segunda Conferência Internacional de AIDS, quando se anunciavam as primeiras experiências de uso de medicamentos que apresentam discreto impacto sobre a mortalidade geral de pacientes infectados. Estratégia global de combate, lançada pela Organização Mundial da Saúde, recomendava aos usuários de drogas injetáveis a esterilização de seringas e agulhas. No Brasil, o sociólogo e ativista político Herbert de Souza, o Betinho, hemofílico, confirmava sua condição de portador do HIV[244]. Forte campanha de esclarecimento seria lançada na Inglaterra, quando a princesa Diana inauguraria o primeiro hospital especializado em tratamento da AIDS e ganhava repercussão o fato dela não ter usado luvas ao apertar as mãos de pacientes com AIDS[245] visitados. No Brasil, morriam dois irmãos de Betinho,

[243] BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837. Acesso em 10 de outubro de 2012.

[244] Herbert de Souza, o Betinho, fundou a ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, entidade que se tornou referência na luta por maior controle dos bancos de sangue e contra a discriminação.

[245] No mesmo ano de 1987 o presidente Kaunda, da Zâmbia, anunciou que seu filho morrera de AIDS. Nos Estados Unidos o presidente Ronald Reagan fazia seu primeiro discurso sobre AIDS, quando 36 mil americanos já possuíam diagnóstico e 20.000 já haviam morrido. Ao redor do

também hemofílicos, contaminados pelo HIV, e a OMS instituiria como o Dia Mundial da AIDS, o dia primeiro de dezembro. Aquela década seria fechada com o registro de grande número de novas drogas disponibilizadas no mercado para tratamento das enfermidades oportunistas e a redução do preço do AZT, até então o único medicamento disponível.

Notícias sobre mortes de pessoas públicas e de celebridades contaminadas pelo HIV continuariam a perseguir o mundo na década de 90. Os anos de 1990 a 1995 registraram a morte de Ryan White aos 19 anos[246], nos Estados Unidos; do cantor Cazuza, no Brasil; do cantor inglês Freddie Mercury, do bailarino russo Rudolf Nureyeve, do tenista americano Arthur Ashe, entre outros, além de personalidades importantes como o jogador de basquete americano "Magic" Johnson, que anunciavam sua contaminação.[247].

---

mundo, no mês de novembro, 62.811 casos já tinham sido oficialmente registrados pela OMS, de 127 países. Desde aquele ano, o Governo Americano passou a repassar recursos para o desenvolvimento de programas globais de prevenção ao HIV/AIDS. *Idem*.

[246] Ryan White, adolescente nascido em Kokomo, Indiana, nos Estados Unidos, em 06.12.1971. Portador de hemofilia, infectou-se durante um tratamento sangüíneo e passou a sofrer intensa discriminação após o diagnóstico de infecção pelo HIV. Foi rejeitado na escola e protagonizou intensa luta para retornar aos bancos escolares. De acordo com previsão médica teria apenas mais 6 meses de vida após o diagnóstico, porém viveu mais cinco anos. Morreu em abril de 1990. WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ryan_White. Aceso em 10.10.2012.

[247] Em 1990 o programa de troca de agulhas e seringas da cidade de Nova York seria fechado por questões políticas. Em dezembro, mais de 307 mil casos de AIDS haviam sido oficialmente reportados pela OMS, porém havia estimativas de números próximos a 1 milhão. Em 1991 O terceiro antiretroviral DDC foi autorizado pelo FDA para pacientes intolerantes ao AZT, embora com limitações em sua atuação. Em 1992 o FDA aprovaria o uso do DDC em combinação com o AZT para pacientes adultos com infecção avançada, sendo essa a primeira combinação terapêutica de drogas para o tratamento da AIDS a apresentar sucesso. Em 1993 mais de 3,7 milhões de novas infecções ocorreram mundialmente. Mais de 10 mil por dia. Durante este ano, mais de 350 mil crianças nasceram infectadas. Em 1994 passou a ser estudado um novo grupo de drogas para o tratamento da infecção, os inibidores da protease, que demonstraram potente efeito antiviral isoladamente ou em associação com drogas do grupo do AZT (daí a denominação "coquetel"). Houve diminuição da mortalidade imediata, melhora dos indicadores da imunidade e recuperação de infecções oportunistas., o que levou a um estado de euforia, chegando-se a falar na cura da AIDS. Entretanto, logo se percebeu que o tratamento combinado (coquetel) não eliminava o vírus do organismo dos pacientes, além dos custos elevados do tratamento, o grande número de comprimidos tomados por dia e os efeitos colaterais dessas drogas. Por outro lado, um estudo comprovou que o uso do AZT reduzia em 2/3 o risco de transmissão de HIV de mães infectadas para os seus bebês. A despeito desses inconvenientes, o coquetel reduziu de forma significativa a mortalidade de pacientes com AIDS. Nesse período criou-se o UNAIDS, integrado por cinco agências de cooperação de membros da ONU (UNICEF, UNESCO, UNFPA, OMS e UNDP) com o objetivo de defender e garantir uma ação g lobal para a prevenção do HIV/AIDS, além do Banco Mundial. BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: http://www.

A AIDS se tornaria a principal causa de morte entre americanos com idade entre 25 e 44 anos, contando aquele país com 400 mil pessoas infectadas e 250 mil mortes por AIDS.

Os anos de 1996 a 1999 foram marcados por um crescente número de medicamentos para uso em combinação com outros e com efeitos melhores e com notícias ora alvissareiras, de redução de infectados, ora pessimistas, de piora nos índices de controle[248]. A década chegaria ao fim com registro, na América Latina e Caribe, de aproximadamente 65.000 pessoas entre 15 e 24 anos de idade infectadas e no Brasil 155.590 casos de AIDS, dos quais 43,23% na faixa etária entre 25 e 34 anos.

Esse era, em linhas gerais, o contexto em que o trabalhador despedido, autor da reclamação trabalhista e o empregador que o despediu ao saber da contaminação se encontravam.

4 O enfrentamento pelos poderes constituídos e pela sociedade

Em maio de 1988, quase dez anos após o diagnóstico inicial, a Organização Mundial da Saúde, pela Resolução 41.24, viria a público alertar que o respeito aos direitos humanos e à dignidade dos portadores do HIV e pessoas com AIDS seria vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da enfermidade e para as estratégias globais que deveriam ser adotadas pelos Estados-membros[249].

Na mesma década a Organização Internacional do Trabalho-OIT preparava Declaração de Consenso para definir, entre outros aspectos, que a detecção do VIH não deveria ser exigida, em hipótese alguma, para pessoas que solicitam emprego; que o trabalhador não está obrigado a

boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837. Acesso em 10 de outubro de 2012.

248 Em 09 de agosto de 1997 morria Betinho, 11 anos depois de confirmar sua infecção, o que causou comoção no Brasil, que, por meio da USAID proporia estratégia de cinco anos para a prevenção do HIV/AIDS. *Idem*.

249 GENEBRA. Organização Mundial da Saúde-OMS. Quadragésima Primeira Assembléia Mundial de Saúde. Resolução 41.24, de 13 de maio de 1988: "A quadragésima primeira Assembléia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e dignidade dos portadores do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais, é vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da SIDA e para estratégias globais dos Estados-membros, particularmente na ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre visando à prevenção e ao controle da infecção pelo VIH e à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais e, para evitar ações discriminatórias e estigmatizações dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do VIH".

informar ao empregador sobre sua situação relativa ao VIH; que a infecção, por si, não significa limitação para o trabalho; e que a contaminação não configura motivo para demissão.

Em 1988 também o Brasil passava a adotar medidas governamentais de proteção, quando o Ministério da Saúde adotou Programas Especiais de Saúde e passou a emitir Recomendações Técnicas e Aspectos Éticos sobre o HIV e AIDS[250], o que culminou, bem mais tarde, entre outras providências com a edição de Medida Provisória em 2001, que acresceria ao art. 20 da Lei 8.036/1990 a possibilidade do trabalhador portador do HIV levantar depósitos do FGTS[251]. Passou-se a considerar, também, a AIDS como causa justificadora de recebimento de auxílio-doença e aposentadoria perante a Previdência Social.

Seguiu-se a década de 90 com a adoção, por alguns Estados da federação, de medidas que ampliavam gradativamente o campo de proteção e convocavam governos e sociedade para o enfrentamento conjunto do problema[252]. Em 1992 iniciavam estudos sobre as repercussões da enfermidade no ambiente laboral e sobre as formas de prevenção, combate e atendimento a vítimas e familiares.

Por outro lado, essas medidas não evitavam que portadores do HIV ou suspeitos continuassem suportando rejeição em vários âmbitos da sociedade. Se qualquer impedimento para a locomoção de pessoas portadoras do HIV já deveria ser denunciado como violação aos Direitos Humanos, na vida prática delineava-se bastante nítida, ainda, a ignorância social e até mesmo por parte de autoridades constituídas, legisladores e aplicadores da lei.

Atitudes discriminatórias como ocorrera com Ryan White na década de 80, que foi rejeitado no ambiente escolar, ou como ocorrera com o holandês Hans-Paul Verhoef[253], que ao desembarcar nos Estados Unidos em 1989 para uma Conferência internacional em São Francisco e ter a bagagem revistada por agentes alfandegários, que lá encontraram AZT, foi detido por constituir séria ameaça à saúde pública daquele país, continuariam ocorrendo. A VIII Conferência Internacional sobre AIDS de 1992, agendada inicialmente nos Estados Unidos, em razão da mesma prática discriminatória acabou por ser transferida para Amsterdã. Por que a legislação norte americana proibia o

[250] BRASIL. Ministério da Saúde. **AIDS**: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília, 1988.

[251] Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...); XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (...). Medida Provisória nº 2.164 -41, de 2001.

[252] No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, estabeleceu-se a obrigatoriedade de tratamento e internamento aos portadores de AIDS e no Rio de Janeiro tornava-se obrigatória a inserção nas escolas de 1º e 2º graus de disciplina com orientações sobre AIDS.

[253] NOVA YORK. The New York Times. Jornal. Obituário. Disponível em: http://www.nytimes.com/1990/08/04/obituaries/hans-paul-verhoef-dutch-aids-patient-33.html

ingresso de portadores do HIV no país, ao ser questionado admitiu a entrada de congressistas soropositivos, porém, desde que essa condição fosse revelada no passaporte do portador[254].

Em 1992 também o México seria palco de atitude discriminatória contra crianças em idade escolar, infectadas pelo HIV, que foram expulsas da escola[255].

No Brasil, em maio de 1992 o Jornal Folha de São Paulo noticiava que Sindicato representativo de escolas particulares do Estado de São Paulo instruía estabelecimentos a recusarem matrículas de crianças soropositivas[256].

Reportagem da Revista ISTOÉ informava que em 1989 uma juíza paulista, encarregada de uma das primeiras ações envolvendo trabalhadores com AIDS no Brasil, exigia que se disponibilizasse durante a audiência um médico e dois policiais: o médico, para "dar um calmante" ao soropositivo; e os policiais para impedir que o trabalhador despedido saísse de seu lugar, "pois poderia, de alguma forma, contaminar a ela e a outros presentes"[257]. No mesmo editorial há notícia de numerosos casos de portadores do vírus que depois da revelação de seu estado perderam o emprego, pelas mais diversas justificativas apresentadas pelos empregadores, mas todas, na realidade, reveladoras do preconceito que se disseminou na sociedade.

Esse panorama social se estendia no espaço do trabalho, em que as primeiras manifestações de exclusão de trabalhadores contaminados os conduziam às portas do Poder Judiciário em busca de proteção.

5 Visibilidade da AIDS no ambiente laboral e seu enfrentamento na ação judicial

A contaminação pelo HIV, naquele ano de 1993, em que ingressou a ação trabalhista nº 10.688/1993 perante a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, significava, na dimensão do espaço laboral, quase que invariavelmente o final

---

254 RUDNICK, Dani. *AIDS e direitos humanos*. Revista Jus Navigandi. Doutrina. Artigo. Março de 2000. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/1875/aids-e-direitos-humanos. Acesso em 12.10.2012.

255 KROKOSCZ, Marcelo. *Alunos com Aids podem aprender?* Artigo. Revista Profissão Docente. UNIUBE-Universidade de Uberaba. Mestrado em Educação. Disponível em: http://revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/viewFile/86/333. Acesso em 10.10.2012. .

256 FOLHA DE S. PAULO. Escolas vão rejeitar os alunos com o vírus HIV. Notícia. Jornal. Ano 72. Nº 23.043. 05 de maio de 1992. Disponível em http://acervo.folha.com.br/fsp/1992/05/05/2/. Acesso em 10.10.2012.

257 REVISTA ISTOÉ. Francisco Alves Filho; Eliane Trindade (Colaboradores). Tenho AIDS. Reportagem especial. Revista nº 1343, 28.06.1995, p. 104.

da vida produtiva da vítima. Tal realidade delineava-se naquela ação e adquiria contornos cada vez mais precisos.

Recebida e processada aquela ação, oportunizou-se a defesa do empregador e designou-se audiência de instrução, em que foi interrogado o autor e inquirida uma testemunha. O autor esclareceu sobre a forma de execução de suas tarefas e a testemunha confirmou ter tomado conhecimento da doença na própria enfermaria em que eram atendidos os empregados da empresa, onde se comentava sobre o fato.

Por que remanesciam dúvidas sobre o efetivo risco de se manter o autor nas mesmas funções, que envolviam contato com produtos alimentícios, e diante da incerteza do quadro, determinou-se realização de perícia médica para auxílio e esclarecimentos ao juízo quanto a aspectos técnico-científicos da doença. A situação era de tal forma incomum que sequer havia informações disponíveis sobre médicos habilitados, o que tornou necessário recorrer à Secretaria de Saúde do Estado para indicação de profissional.

No meio internacional, o cinema contribuiria com larga campanha de esclarecimento e sensibilização ao abordar as fortes repercussões da enfermidade no ambiente de trabalho. O ano era 1994 e o ator, Tom Hanks, seria contemplado com seu primeiro Oscar pela atuação no filme *Philadelphia*, ao interpretar um próspero advogado que contraíra AIDS e em função dos sintomas que apareciam passou a enfrentar dolorosa discriminação, que culminou com a perda do emprego, do prestígio profissional, de sua fonte de renda e dos amigos e o colocaria perante a Justiça na tentativa de obter reparação.

A situação explorada na arte passou a fazer parte da vida, nas mais variadas formas de discriminação no trabalho.

Nessa fase processual o empregador trazia aos autos notícia das primeiras manifestações do Poder Judiciário brasileiro e da doutrina jurídico-trabalhista a respeito do tema. Noticiava julgado proferido por um dos Tribunais do Trabalho do País[258], que não reconhecera direito à reintegração ao emprego de trabalhador contaminado, que fora despedido. O Tribunal considerou que o empregador esteve acobertado pelo direito potestativo de romper o contrato, independente do motivo e com esse fundamento legitimou a prática discriminatória do empregador.

Na 16ª Vara do Trabalho, encerrada a fase de instrução processual, os autos vieram a julgamento.

A tarefa de julgar é dificultosa. Francesco Carnelutti já considerava que formar um juízo é "dar um salto do conhecido ao desconhecido: desde o passado

[258] Tratou-se do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

do juiz, ao passado do acusado e depois ao seu futuro". Assim, "a função do juízo é essencialmente a de unir, através do presente, o passado ao futuro. Uma tarefa sobre-humana"[259].

E quando o juiz depara-se com situação extrema, como a da ação trabalhista, em que foi necessário colocar sobre a balança, de um lado, possível violação a direitos humanos, que poderia extrapolar a dimensão de uma pessoa que sentiu o peso da humilhação, do abandono e da injustiça para atingir direitos de todo um segmento social marginalizado; e de outro lado, a aparente legitimidade da conduta do empregador, que procurava resguardar a regularidade de seu empreendimento e a proteção de seu corpo funcional e da sua atividade econômica, também protegida pela ordem jurídica, a dificuldade se potencializa.

Foi com a sensação de dificuldade potencializada que se iniciou o julgamento, interrompido várias vezes diante da dúvida. Se no exercício da tarefa de julgar o juiz alarga o presente; se para esse mister será necessário que veja o todo; se o sentido do todo deve ser apreendido com extrema prudência; se a prudência leva à ordem; e se o sentido de ordem é o sentido de bom, de que aflora a importância de "bom sentido"[260], como meio indispensável para julgar, então se pode imaginar o quanto dificultoso foi concluir aquela sentença. Extrair o bom sentido daquela ação judicial foi mergulhar no mistério do bem julgar, que não se desvenda com facilidade. A dúvida era de essência: qual a solução mais adequada e justa? Dessa solução preliminar e íntima dependeria toda a fundamentação a ser articulada[261].

O desafio estava posto e deveria ser enfrentado. Deu-se início, então, à análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido inicial e da defesa.

Entre os fundamentos jurídicos contidos na petição inicial destacavam-se recomendações extraídas de Declaração de Consenso da OIT sobre AIDS; a ausência de previsão, à época, de proteção previdenciária; o princípio da isonomia contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988; a garantia de que ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III); a inscrição do trabalho como um direito social (art. 6º); a necessidade de restrição ao direito potestativo do empregador de despedir o empregado, especialmente porque a despedida teria sido discriminatória e atentatória contra os direitos sociais; a necessidade de se tornar efetivos os objetivos do Estado de

[259] CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*: seis meditações sobre o direito. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Bookseller, 2001, p. 56.

[260] *Idem*, p. 59-60.

[261] Pode-se afirmar, aqui sem dúvida, de que se tratou da decisão mais difícil considerada a condição de magistrada desta expositora.

construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), entre outros valores e princípios inspiradores da ordem constitucional brasileira de 1988.

A defesa articulou-se basicamente na tese jurídica do uso do direito potestativo do empregador e na negativa de que a despedida tenha sido discriminatória, pois a gravidade da situação e suas repercussões no ambiente laboral não teriam apresentado alternativa diversa.

A sentença iniciou pela análise da despedida do *ponto de vista médico-científico*.

Reconhecida como enfermidade grave, com evolução que, ao menos à época, culminava sem exceção para o óbito, a AIDS foi analisada na sentença por seu potencial de afetar as pessoas infectadas, integrantes de certos grupos de riscos e seus familiares em todas as dimensões, em especial no trabalho. Neste aspecto, o Ministério da Saúde alertava que a desinformação da população, de que a doença não se transmite pela simples convivência profissional e social, agravava significativamente a situação de trabalhadores infectados.

Na sentença procurou-se abordar estudos e pareceres médicos que vieram aos autos e alguns já disponíveis na literatura médica para esclarecer, primeiro, que ser portador de HIV não significa, necessariamente, ser uma pessoa enferma, pois poderá pertencer à situação denominada "infecção assintomática"[262]; segundo, que "a infecção pelo HIV apresenta espectro clínico de desenvolvimento crônico, normalmente em vários anos e só se considera doença quando a sintomatologia indicativa de imunodepressão torna-se manifesta e surgem afecções oportunistas[263]; em terceiro, que já havia consenso perante a comunidade científica internacional de que "o vírus se transmite, de forma viável, dentro de células presentes no sangue e secreções (...), o que define que a transmissão se dá sempre que haja inoculação de um dos líquidos citados, de uma pessoa portadora do vírus a uma pessoa não portadora"[264]; por fim, que a transmissão só poderia ocorrer em: "1) contato sexual; 2) contato através de sangue (transfusão, uso comum de seringas e agulhas em drogadição); 3) transmissão mãe-filho, por via transplacentária, no momento do parto ou por

[262] Infecção ou fase assintomática significa, na literatura médica, o estágio anterior à manifestação da AIDS, quando o paciente encontra-se apenas infectado pelo vírus. Nessa fase o estado clínico básico é mínimo ou inexistente, ou seja, não apresenta sintomas característicos ou aparentes. Após a infecção, o infectado poderá ficar até 20 anos sem manifestação clínica. PIETRA, Marta Schiappa. *As três etapas ou estágios diferentes ao longo da infecção por VIH*. Artigo. Blog Psisalpicos. Disponível em: psisalpicos.blogspot.com.br/2007/01/as-trs-etapas-ou-estagios-diferentes-ao.html. Acesso em 19/10/2012.

[263] PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 16ª Vara do Trabalho de Curitiba. Autos nº 10.688/1993, fls. 148/149.

[264] *Idem*, fls. 146.

amamentação; e 4) transplante de órgãos ou tecidos (córnea, p. ex.)"[265].

Procurou-se deixar claro que embora no parecer vindo aos autos o médico tenha afirmado que "os riscos de contágio existem durante todo o espectro clínico da infecção por HIV e não apenas na fase da doença"[266], esse parecer não abalava a conclusão de que, na hipótese analisada, por suas atividades laborais o autor não colocava em risco colegas de trabalho, nem clientes do empregador. Pareceres médicos reforçavam que embora a AIDS seja ocasionada por um vírus, não é transmitida por um vírus, mas pela inoculação de sangue ou secreção de um indivíduo infectado em outro não infectado. O perito nomeado havia esclarecido que "o vírus HIV é considerado extremamente sensível, tendo prazo de viabilidade muito curto fora de seu 'habitat', que é o organismo humano"[267]. Não seria, portanto, transmitido pelo ar, nem por aperto de mão, ou por aproximação.

O embasamento teórico-científico e a perícia médica permitiram concluir que pelas tarefas desempenhadas, não havia risco potencial de transmissão. Do ponto de vista médico, portanto, a atitude do empregador, de despedir o trabalhador ao saber do diagnóstico, não poderia ser legitimada. O receio em mantê-lo no emprego não procedia, até porque, de acordo com a perícia, o empregador poderia ter adotado cuidados básicos e observar princípios de biossegurança, se necessários.

Passou-se a analisar a despedida, também, *do ponto de vista jurídico*.

A abordagem do problema começava a ganhar corpo na esfera jurídica e já era possível localizar reflexões com distintos enfoques. Considerou-se adequada à sentença a dimensão que se abria à defesa dos direitos sociais e que incluía o direito ao trabalho como forma de combate às despedidas discriminatórias do portador do HIV. Neste particular R. Limongi França assinalava que "além de obrigação social do homem, o trabalho é objeto de um direito inalienável do ser humano, indispensável à auto-realização em todos os setores de sua complexidade". Não poderia, assim, o portador do HIV "ser discriminado na admissão e no exercício da atividade produtiva, a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia, não haja possibilidade e de impedir o risco de contágio". E acrescentava: "Do mesmo modo, não pode ser a AIDS considerada causa jurídica de despedida do empregado"[268].

Colhia-se, também, da doutrina de Oscar Ermida Uriarte, jurista e humanista uruguaio, que "ser portador do HIV ou ser doente de AIDS ou

---

[265] *Ibidem*.

[266] *Idem*, fls. 145.

[267] *Idem*, fls. 149.

[268] FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*. Doutrina Cível. Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 661. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro de 1990, p. 18/19.

de uma enfermidade conexa não é causa de despedida" e que por não haver justificativa legítima à atitude do empregador, nessa hipótese, seria possível aplicar as consequências jurídicas de cada país[269].

Em extensa doutrina sobre a AIDS e o Direito, Irineu Antonio Pedrotti sustentava que o portador do HIV que firmar contrato de trabalho "não poderá ser prejudicado em seus direitos trabalhistas, previdenciários e acidentários". Esclarecia que se estivesse em vigor o contrato, poderia "ser reintegrado em caso de despedida (por estar acometido de doença) e a entidade autárquica federal e seguradora obrigatória deve ampará-lo tanto no campo previdenciário como no acidentário". Observava, por fim, que nada poderia impedir o portador do HIV de desenvolver atividade laborativa: "o que deve ser observado é a sua possibilidade e os cuidados para que não transmita a doença"[270].

Essas contribuições doutrinárias foram fundamentais para reconhecer que, embora o ordenamento jurídico do Brasil não contemplasse nenhuma proteção ao emprego, naquela situação, pois nenhuma lei expressa existia, tampouco previsão em negociação coletiva da categoria, nem regulamento interno da empresa, ou cláusula contratual, essa garantia poderia ser reconhecida. Tal possibilidade decorreria de uma construção hermenêutica adequada, que conduzisse, em primeiro lugar, à tutela da dignidade daquela pessoa que viera ao Poder Judiciário para, ao menos, amenizar sua sorte infeliz.

Foi necessário demonstrar que a tutela daquele trabalhador, do seu emprego e dos direitos daí decorrentes não se condicionava, necessariamente, à existência de um texto expresso de lei. Sua possibilidade decorreria, também, da conjugação de princípios, tanto os gerais de Direito como os especiais de Direito do Trabalho, do uso da analogia, da equidade e do exercício de hermenêutica que despontava pela aplicação de normas do Direito constitucional do País e normas de direito internacional. Afinal, decorre da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT brasileira que a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirá, conforme o caso, "pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado (...)[271].

Esse exercício de hermenêutica iniciou pela invocação do art. 1º da Constituição federal, que considera fundamento da República a tutela da dignidade da pessoa humana; do art. 3º, que estabelece como objetivos

[269] URIARTE, Oscar Ermida. *AIDS e Direito do Trabalho.* Doutrina. Revista de Direito do Trabalho, nº 83. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1993, p. 52.

[270] PEDROTTI, Irineu Antonio. *Da AIDS e do direito*. Doutrina Criminal. Revista dos Tribunais, Ano 82, Vol. 690. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 1993, p. 299.

[271] BRASIL. Consolidação Das Leis Do Trabalho-CLT, art. 8º.

fundamentais "a construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (I) e a promoção "do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"(IV). Seguiu na linha do art. 5º para evocar o princípio da isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e o princípio de que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5º, XIII). Ainda, pelo art. 6º, que define o trabalho como um direito social, analisado em conjunto com outras disposições expressas sobre trabalho, a exemplo do art. 1º, IV, que trata dos "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" também como fundamentos da República.

Invocou-se, especialmente, o art. 7º, I, da Constituição, que entre os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais assegurou o direito à "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...)".

As formulações teóricas em torno desse dispositivo eram ainda retraídas, mas já se podia colher da doutrina venturosa interpretação progressista, como se verificava na doutrina de José Afonso da Silva. Lecionava o doutrinador que nem o art. 6º, que define o trabalho como direito social, nem o 7º encerrariam norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Porém, esse direito "sobressai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho"[272]. Como procurava esclarecer, no art. 1º, IV, os valores sociais do trabalho inserem-se como fundamentos da República; no art. 170, considerou-se que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho; e no art. 193, estabeleceu-se que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Concluía, assim, que esse conjunto normativo "tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição efetiva de existência digna (fim da ordem econômica e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento também da República (...)".

O doutrinador ultimava sua análise para assegurar, como intérprete do Direito Constitucional, que "a garantia de emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja: a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto"[273].

Diante da extraordinária abertura concedida pelo art. 8º da CLT, em especial no que se refere ao uso da analogia, e da necessidade de, naquele ponto da decisão, invocar fundamentos mais concretos, mais palpáveis do ponto de vista legislativo, recorreu-se a alguns textos de lei vigentes no País.

Fez-se referência, primeiro, à Lei 7.670/1988, que no âmbito do Direito Previdenciário estendera aos portadores de AIDS os benefícios relativos à

[272] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 261-163.

[273] *Idem.*

licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, pensão especial, auxílio-doença e levantamento do FGTS (art. 294). Considerou-se que o pedido do autor encontrava amparo também nessa Lei, pois seu texto é amplo, sem restrições, e poderia abranger garantia de emprego até o dia em que o trabalhador não apresentasse mais capacidade laboral e fosse obrigado a utilizar o Órgão Previdenciário. Invocou-se, também, a Lei 7.853/1989 que dispôs sobre as pessoas portadoras de deficiências e sua integração social, para o que impôs o cumprimento de cotas no ambiente de trabalho[274]. Sua aplicabilidade pareceu evidente à hipótese daqueles autos, já que a AIDS constituía, à época, a maior e mais temida das deficiências. Deu-se especial ênfase à Lei 8.112/1990, que previu o benefício de aposentadoria a servidores públicos civis da União, portadores de moléstia grave, contagiosa e incurável e especificamente a AIDS. Por fim, no elenco da legislação existente à época, que propiciava algum amparo ao trabalhador doente, resgatou-se a Portaria Interministerial nº 3195, de 20.08.1988 que criou a Campanha Interna de Prevenção da AIDS, com o fim de divulgar conhecimentos e estimular as empresas a adotar medidas preventivas contra a doença nos locais de trabalho.

Os sistemas jurídicos são, naturalmente, imperfeitos. São incompletos, no sentido de que não é possível o legislador prever, pelo processo de abstração que caracteriza a criação legislativa, todas as situações da vida que requerem uma disposição justa para a mais adequada solução do caso. Defeitos como antinomias e lacunas são fenômenos presentes no ordenamento, pois refletem a própria falibilidade e imperfeição humanas, mas que podem ser corrigidas. Constatadas lacunas, entendidas como carência de preceito normativo, que em decorrência dos princípios axiológicos consagrados no ordenamento, deveria, de forma expressa, a ele pertencer[275], incumbe ao juiz proceder ao processo de integração[276].

Naquela tarefa de construção prudencial, movida pela incompletude do sistema jurídico, foi necessário articular leis, costumes, princípios gerais de Direito e juízo de equidade para assegurar àquele reclamante tratamento

[274] A Lei 7.853, de 24.10.1989 prevê, inclusive, como crime punível de 01 a 04 anos de reclusão e multa, o fato de se "negar", sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

[275] PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 133.

[276] A doutrina identifica três operações decorrentes da prudência judicial. "A primeira diz respeito à conversão da norma genérica no preceito específico (...). É a *contemplação do caso*. O 'direito das normas' converte-se na jurisprudência da equidade (...). A segunda diz respeito à eliminação das contradições entre as normas que, em virtude, em virtude do princípio orgânico do sistema, não podem subsistir à legislação. É *a correção do direito*. A terceira relaciona-se com o preenchimento das lacunas, quando o ordenamento se apresenta inacabado. É a *integração normativa*. Idem, p. 26.

jurídico capaz de lhe propiciar o mínimo de dignidade, que fora atingida de forma indelével com a descoberta da doença e com a consequente perda de referenciais afetivos, emocionais, psíquicos e físicos, agravada pela atitude do empregador.

O empregador invocara a seu favor o direito de despedir o empregado sem justa causa, assegurado pela legislação do trabalho.

Considerou-se, na sentença, que embora a CLT contemplasse, como ainda contempla, essa forma de despedida, que reflete o direito de romper o contrato de trabalho sem que ocorra prática de falta grave pelo empregado, a qualquer momento e sem necessidade de declinar o motivo da ruptura, esse direito já não poderia ser admitido como imunidade absoluta do empregador.

A possibilidade de extinguir o contrato sem justa causa decorre da teoria dos direitos potestativos, de origem eminentemente civilista e vinculada, pode-se afirmar, a uma concepção de direito ultrapassada, pois atribui a uma das partes da relação contratual poder absoluto sobre a outra. Na CLT, promulgada em 1943, o direito potestativo de despedir ingressou por força do Código Civil de 1916, vigente à época, que sabidamente foi construído em bases patrimonialistas, individualistas e formalistas, como a maioria das codificações influenciadas pelo Código Napoleônico. A evolução que o Direito experimentou ao final do século XX e início do século XXI e que pavimentou, no Brasil, a elaboração da Constituição federal de 1988, instaurou uma nova ordem, o que, inclusive, culminou com a criação do novo Código Civil de 2002. Embora este ainda contemple situações afetas ao uso do direito potestativo, não é mais possível conceber, nas relações de trabalho, poder absoluto de uma parte, o empregador, que ao encerrar o contrato quando lhe convém e sem considerar a situação da adversa, acarrete-lhe consequências desastrosas na vida pessoal, familiar, profissional e social. Nenhum poder pode ser exercido de forma absoluta, pois o outro, suas necessidades, carências e dignidade serão o limite.

Com fundamento nos limites que se deve imprimir ao direito potestativo do empregador, especialmente porque sob as vestes de um ato legítimo – a despedida sem justa causa – o empregador deixou revelar uma causa significativa e altamente discriminatória para a demissão, concluiu-se que a despedida foi arbitrária. A fundamentação doutrinária, neste ponto, completaria aquela atividade de prudência para concluir que, do ponto de vista jurídico, o ato do empregador foi ilegítimo e, assim, deveria ser anulado.

Havia um ponto de análise, ainda, que parecia mais fundamental: a despedida do *ponto de vista social e humano*.

Neste aspecto, considerados os fatos, as provas e o direito aplicável, foi forçoso reconhecer que o empregador, ao despedir o trabalhador infectado pelo HIV, sem outra razão que não fosse a infecção e suas eventuais repercussões na

sua vida econômico-financeira, primeiro, olvidou seu relevante papel social como empresa, que é minimizar o conflito entre o capital e o trabalho. Em segundo, desconsiderou preceitos éticos mínimos, que impõem ao empregador tratar o empregado não como uma peça sujeita a reposição, ou avaliada em preço, como se mercadoria fosse, ou ainda, descartável quando não se presta mais à finalidade, mas tratá-lo como pessoa humana, a ser valorada por sua dignidade.

Ponderou-se, também, que o empregador desatendeu ao princípio da solidariedade, incorporado pela Constituição de 1988 no art. 3º, I. Esse princípio, que hoje se expande para conceber-se como um verdadeiro dever jurídico, já inspirava a ideia de que se pode pensar em alterar a clássica definição romana de justiça de "dar a cada um o que é seu", para "dar a cada um o que **deve** ser seu". Nesse sentido, João Del Nero observava que já em 1850 empregadores cristãos reconheciam que "o patrão deve ao operário mais do que o salário"[277].

Na base da referência ao princípio da solidariedade encontra-se o art. 3º, I, da Constituição de 1988. A ordem principiológica, na Constituição, seja em um sentido geral, seja específico à diretriz daquele dispositivo, ou mais especificamente ainda, ao objetivo de construir uma sociedade solidária, pauta-se na consciência de uma das mais relevantes questões morais: o respeito à dignidade humana. Promover a dignidade humana é condição mínima à efetivação da própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. E se, como pontuou Pietro Perlingieri, "ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa", efetivamente, pode-se considerar que "a pessoa é inseparável da solidariedade"[278].

Adotando-se a concepção de Immanuel Kant, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade seriam as únicas coisas providas de dignidade. Como mencionou, se "as coisas tem preço; as pessoas, dignidade"[279], tem valor, o que coloca o valor moral "infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente"[280].

Invocar o princípio da solidariedade e da dignidade foi fundamental para impedir, por meio daquela sentença, que ao violar preceitos éticos, morais e jurídicos o empregador se perpetuasse na prática de discriminar trabalhadores

---

[277] DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 6.

[278] PERLINGIERI, Pietro. O Direito civil na legalidade constitucional. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461.

[279] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintal. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2008, p. 79.

[280] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114.

e continuasse a se prevalecer dessa possibilidade, fortalecida por sua natural condição de parte substancialmente mais forte na relação contratual. Afinal, por força do princípio da solidariedade deveria também se preocupar com a miséria humana e se ocupar da necessária assistência e apoio ao trabalhador, que fora colaborador no seu processo produtivo e na obtenção de seus lucros.

Com apoio nesses fundamentos, que levaram a reconhecer a invalidade do ato de despedida do ponto de vista médico-científico, jurídico, ético, moral e social, deferiu-se o pedido de reintegração do autor no mesmo local, nas mesmas funções e com todas as garantias salariais do período de afastamento.

6 Os trâmites da ação e a evolução do pensamento nos tribunais

A sentença daquela ação trabalhista foi proferida em 17 de junho de 1994. Após a sua prolação o autor traria notícia, nos autos, de julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo que, naquele mesmo ano, confirmara duas sentenças que também haviam reconhecido o direito a trabalhador infectado de se manter no emprego e asseguraram reintegração e vantagens salariais do período de afastamento.

O Poder Judiciário trabalhista, portanto, já se deparava com a realidade da AIDS no ambiente do trabalho e procurava, à sua maneira, suprir a omissão do legislador especificamente quanto à necessidade de proteção ao emprego, pelo alto potencial discriminatório que se verificava.

Com o resultado daquela sentença o empregador interpôs recurso perante o respectivo Tribunal Regional do Trabalho. A Turma julgadora, no Tribunal, deu provimento final ao recurso para reformar a sentença. Os julgadores, vencido o Relator originário que negava provimento ao recurso, não reconheceram o direito do autor à manutenção do emprego e, como consequência, excluíram da condenação todas as parcelas vinculadas ao pedido principal.

Os julgadores consideraram, em síntese, que a sentença não encontrava respaldo na legislação vigente; que com a extensão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS a todos os trabalhadores, na Constituição de 1988, deixou de existir, como regra, o direito à manutenção do emprego, que permaneceu assegurado unicamente aos casos expressamente previstos em lei e todos de forma temporária; que por ser a garantia de emprego uma condição excepcional, no sistema brasileiro, seu reconhecimento exige previsão legal expressa, que não havia para a situação denunciada; que o art. 7º I, da Constituição careceria de regulamentação, não se enquadrando na categoria das normas de aplicabilidade imediata; que ao se eleger a infecção pelo HIV como justificadora de estabilidade, estar-se-ia discriminando portadores de outras

enfermidades tão graves quanto ela; por fim, consideraram que de acordo com o art. 5º da Constituição, ninguém será obrigado de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e que não havia lei a obrigar o empregador manter o empregado no emprego, nas condições em que se encontrava[281].

Já transcorria o ano de 1995 quando o julgamento foi proferido no Tribunal Regional, em março daquele ano.

Superada a fase recursal no âmbito do Tribunal Regional, diante da modificação da sentença promovida naquele Tribunal, o autor é que interpôs recurso perante o Tribunal Superior do Trabalho, em regra, instância final de atuação da Justiça do Trabalho nos processos submetidos a seu exame. Para assegurar o cabimento do recurso, invocou a ocorrência de violação, pelo acórdão regional, a vários dispositivos de lei que invocara na petição inicial, além de divergência na solução do caso entre outros Tribunais Regionais do País. Demonstrou que, naquele estágio de evolução da matéria, os Tribunais Regionais do Estado de São Paulo (2ª Região) e de Minas Gerais (3ª Região) já asseguravam o direito ao emprego ao trabalhador e que a matéria já comportava previsão em alguns sistemas estrangeiros e tratamento também no sistema nacional.

Edição da Revista ISTOÉ, de junho de 1995, demonstrava que a regra, nas empresas, ainda era a discriminação e a exclusão do trabalhador infectado, embora se referisse a alguns registros de empresas que já começavam a reconhecer no problema, não um drama individual que devesse ser resolvido pelo trabalhador infectado, seus familiares e Poder Público, mas algo que também lhe dizia respeito, o que vinha ocorrendo especialmente em certas multinacionais que se viam pressionadas por seus países de origem a adotar postura colaborativa[282].

O ano já era o de 1997, quando, depois de recebido e processado o recurso do autor, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua Segunda Turma, julgava-o[283]. Os fundamentos pelos quais o Ministro Relator discordava do acórdão Regional foram, na essência, assim colocados:

> Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa, multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com a venda de

[281] Na justificativa de voto vencido o juiz Relator originário, entre outros fundamentos, trouxe aresto do Tribunal Superior do Trabalho que, em julgamento de dissídio coletivo, respaldava cláusula asseguradora de estabilidade no emprego ao portador da AIDS. Invocou, também, a cláusula geral da solidariedade social.

[282] REVISTA ISTOÉ. *Op. cit.* p. 100.

[283] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-217791/1995, Acórdão 3473/1997, 2ª Turma, Relator Ministro Valdir Righetto, julgado em 14 de maio de 1997.

> sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro.
>
> A simples e mera alegação de que não há preceito legal que garanta o direito do aidético de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e que lesiona de maneira categórica o princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, "caput" da Constituição da República Federativa do Brasil.
>
> Esta Corte, certa feita, concluiu pela reintegração ao trabalho de um empregado que fora despedido tão-somente pelo fato de ser de origem negra. Creio estarmos, mais uma vez, diante de um caso relativamente igual.
>
> (...)
>
> Como é triste pensarmos que, às portas do terceiro milênio, o homem ainda é capaz de desprezar, discriminar, condenar à própria morte outro ser humano que, pela singela razão de ser negro ou portador de uma doença incurável, já não possui mais dignidade aos olhos de uma sociedade na qual imperam os ditames de um capitalismo selvagem e degradante (...).

O acórdão prosseguiu para considerar que em razão dos aspectos médico-científicos da doença, o reclamante, em seu ambiente laboral, não se tornaria perigoso aos demais colegas; que o magistrado, no exercício de suas atribuições, deve valer-se dos costumes, dos princípios gerais de direito e da analogia para solucionar conflitos que não encontram solução no ordenamento jurídico; por fim, ressaltou o "exemplo de um cidadão que, embora esteja sendo consumido pelo mesmo mal que abateu o Demandante, comoveu toda nação brasileira na liderança de uma campanha que visa exterminar a fome num país onde tanta miséria e desigualdade ainda existe". O Ministro Relator estava a se referir ao sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, "ser digno de todo respeito e admiração"[284].

[284] Esse acórdão do TST contou com a seguinte ementa: "REINTEGRAÇÃO-EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS DA AIDS-CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a eles submetidas. A

Com essas considerações a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho marcava a história do Poder Judiciário brasileiro com demonstração de sensibilidade e alto senso de humanismo, ao analisar questão de relevante interesse social.

Proferido o julgamento em maio de 1997, a empresa ré opôs duas medidas de embargos de declaração, julgadas respectivamente em agosto de 1997 e em abril de 1998, ambas rejeitadas. Ainda perante o mesmo Tribunal Superior a ré opôs recurso previstos pela legislação nacional para serem julgados por uma Seção de Dissídios Individuais, com o objetivo de rever a decisão proferida por uma das Turmas daquele Tribunal. Por razões de ordem processual o recurso não foi conhecido, com o que se manteve a decisão proferida pela Turma.

Aquele julgamento foi proferido em fevereiro de 2000, quando ainda se registravam falecimentos de pessoas de destaque na sociedade, em vários âmbitos, em decorrência da enfermidade. Ao mesmo tempo, acentuava-se a esperança, senão de cura, ao menos de prolongamento e maior qualidade de vida de pessoas infectadas.

Nos autos daquela ação, a empresa ré ingressaria com nova medida de embargos de declaração, que seriam julgados em setembro de 2000, como improcedentes.

A ré, então, interpôs Recurso Extraordinário para discutir a matéria perante o Supremo Tribunal Federal, instância final e definitiva de todas as questões jurídicas submetidas ao Poder Judiciário nacional. Em juízo prévio de admissibilidade, em 2002, o recurso não foi admitido pelo Tribunal Superior do Trabalho, com o que a ré interpôs recurso, agora diretamente no Supremo Tribunal, para obter o processamento da medida.

Consta nos autos que foi proferido parecer pelo Ministério Público Federal, no sentido de manter o despacho do Tribunal do Trabalho que não havia admitido o Recurso extraordinário.

Enquanto os autos aguardavam análise pelo Ministro sorteado como Relator, o Supremo Tribunal Federal receberia solicitação da 16ª Vara do Trabalho de Curitiba para devolução dos autos, em razão de conciliação firmada entre as partes. Julgado prejudicado o recurso em abril de 2005, o autos retornaram à Vara do Trabalho de origem, onde o acordo foi apreciado e homologado, com o que se extinguiu a ação.

simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida".

7 Contexto social e jurídico atual

Não obstante os avanços registrados no curso da história da doença, pode-se afirmar que a sociedade, de forma geral, ainda se ressente em aceitar o trabalhador nessas condições.

Relatos oriundos de ações trabalhistas por todo o País denunciam práticas discriminatórias, a maioria vinculada à ignorância humana; quando não, ligam-se à falta de sensibilidade, de senso de solidariedade ou de sentimento de compaixão com a situação trágica do outro. Assim ocorreu com trabalhador encarregado da reposição de alimentos de um buffet, em um restaurante, que após tornado pública sua contaminação foi imediatamente impedido de se aproximar dos pratos e, na sequência, despedido sem justa causa. Ocorreu, também, com trabalhador na área de promoção de eventos, que após vazamento de informações sobre seu estado ao empregador, foi sumariamente despedido. Ainda, com trabalhador professor de instituição de ensino de segundo grau, que teve o contrato rescindido após chegar ao conhecimento da Instituição e de alunos sobre seu estado; com o trabalhador açougueiro, com o motorista, com o pedreiro na construção civil, com o bancário, com o enfermeiro e tantos outros vítimas do preconceito e da discriminação, que procuram como último refúgio o Poder Judiciário.

Juízes de primeiro grau e de Tribunais Regionais do Trabalho deparam-se frequentemente com a matéria. Constata-se, ainda, incompreensível resistência de alguns magistrados em reconhecer o direito do trabalhador ao emprego, mas a maioria já assimilou a necessidade de assegurar-lhe ampla proteção, ainda que com readaptação de funções, se necessário.

Do ano de 1997, quando proferido aquele acórdão pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, até os dias atuais, a jurisprudência daquela Corte experimentou gradual fortalecimento, até sedimentar posição firme acerca do tema. Julgados de 2009 a 2011 revelam posição de todas as Turmas para o mesmo norte: o de se presumir discriminatória a despedida do empregado portador de HIV se o empregador, ciente do fato, despede o empregado sem justa causa e não apresenta outra justificativa capaz de legitimar o ato de despedida. Nesta hipótese, será do empregador o ônus comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa teve outra motivação lícita.

Em julgamento proferido em 2011 aquela Corte referiu-se à sua jurisprudência no sentido de se presumir a despedida discriminatória, em face das garantias constitucionais que vedam a prática de discriminação e asseguram a dignidade da pessoa humana[285]. Ainda em 2011, acórdão no sentido de presumir

[285] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo RR 112900-36.2005.5.02.0432,

discriminatória a despedida quando não comprovado motivo justificável, em face da circunstancial debilidade física causada pela doença e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade no que toca à discriminação e o preconceito contra o portador do HIV. Consta no acórdão que em razão da AIDS ainda representar um estigma na sociedade, em particular, no mundo do trabalho, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, a não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade, além de lembrar o compromisso do Brasil, na ordem internacional, por meio da Convenção 111 da OIT, que repudia qualquer forma de discriminação[286].

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que é consentâneo com a normativa internacional sobre a matéria, atende não apenas a Convenção 111 da OIT como também a Recomendação 200, de 2010 especificamente sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho[287], além de preceitos de ordem constitucional e legislação ordinária. A posição da Corte restou sedimentada pela jurisprudência uniformizada, primeiro na sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, Subseções I e II[288] e mais recentemente por sua Súmula 443, nos seguintes termos:

> **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO** (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, não se tem verificado análise da matéria em seu âmbito por razões de ordem processual, pois se considera incabível interposição de recurso extraordinário em hipóteses como a que se analisa.

5ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, publicado no DEJT em 06.05.2011.

[286] BRASIL. TRIBUNAL SUPRIOR DO TRABALHO. Processo RR-317800-64.2008.5.12.0054, 6ª Turma, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, publicado no DEJT em 10.06.2011.

[287] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo RR 104900-64.2002.04.0022, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, publicado no DEJT em 02/09/2011.

[288] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, publicado em 14.11.2008 e Processo ROMS 74000-64.2007.5.05.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, publicado em 06/02/2009.

A atualidade tem se revelado farta em termos de previsão normativa a respeito do tema.

No âmbito internacional, a principal fonte de direito do trabalho, inclusive no que se refere à garantia de direitos humanos e fundamentais decorre de normas expedidas pela OIT, embora alguns instrumentos de outras organizações, como a ONU e organismos regionais, a exemplo do Conselho da Europa, da União Européia, da Organização dos Estados Americanos e da Organização da Unidade Africana também contemplem temas de Direito do Trabalho. Os instrumentos de direitos humanos da OIT e da ONU, naturalmente, devem ser vistos como interdependentes e complementares, pois serão aplicados sempre de maneira integrada.

A Carta Internacional de Direitos Humanos, que se expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e que estabelece princípios e normas que se aplicam a todos os direitos humanos, conduz à observação de todos esses instrumentos em conjunto com o catálogo de direitos das pessoas no trabalho, disciplinado pela OIT.

No âmbito da OIT, de mais específico sobre o tema destaca-se a Recomendação 200, de 17/06/2010. Seus significados são incontáveis e sua importância está, primeiro, em marcar aquele organismo como referência no combate à discriminação em todas as suas formas, especialmente quanto ao estigma das pessoas infectadas; está em proteger os trabalhadores a partir de programas voltados à segurança e a saúde no trabalho, em consonância com o Objetivo do Milênio a que se fez referência, de assegurar "qualidade de vida e respeito ao meio ambiente" e o de "combater a AIDS, a malária e outras doenças"; ainda, está na necessidade de se avaliar o papel de destaque do local de trabalho quanto às medidas básicas de informação, prevenção, tratamento e assistência ao trabalhador infectado; e por fim, em reconhecer que a prevenção e o combate da enfermidade e seus efeitos pessoais, sociais e profissionais é uma contribuição para a efetividade dos direitos humanos.

8 Considerações finais

O relato da ação e das circunstâncias que a envolveram contempla alguns elementos imprescindíveis a uma análise crítica, que não se pode ignorar no presente texto.

O autor foi despedido sem justa causa pela ré em junho 1991 e ajuizou a ação trabalhista em maio de 1993. Considerado o lapso entre a data da despedida até o desfecho da ação, quando se homologou o acordo, passaram-se quase 14 anos. Significa que quase 14 anos depois da despedida discriminatória a empresa

ré pagou ao autor determinada importância, a título de indenização relativa à garantia de emprego. Com a formalização do acordo o autor cedeu ao pedido de garantia de emprego, o que permitiu que o empregador, que havia oposto resistência até as instâncias finais do Poder Judiciário, não lhe acolhesse. A luta de 14 anos para reaver o direito fundamental ao trabalho esvaiu-se no acordo.

Se, por um lado, a maioria dos juízes e Tribunais do País sinaliza para a proteção, por outro lado, não se pode deixar de questionar aspectos fundamentais como a efetividade das decisões, o princípio da razoável duração do processo e o propósito de se desenvolver um Direito voltado à proteção da pessoa. A ação demonstrou que 14 anos se passaram para que os Tribunais assentassem uma tese: a da garantia do direito ao trabalho. Uma tese, contudo, não pode significar, como acabou significando, uma abstração, o resultado apenas de um processo de inteligência e de construção intelectual dos magistrados. O direito ao trabalho, que ficou assentado na tese, não obstante todos os argumentos médicos, jurídicos, sociais e humanos nunca se efetivou naquele caso concreto.

Transcorreram 14 anos de tramitação processual. Foram, também, 14 anos sem trabalho para aquele reclamante e o mesmo tempo de privação dos meios básicos de subsistência, pois de acordo com informações ele viveu dependente da solidariedade das pessoas e de instituições assistenciais. A formalização do acordo não permitiu seu retorno ao trabalho, como a Justiça havia assegurado. A resistência do empregador, que persistiu até o esgotamento das possibilidades, resolveu-se no uso do poder econômico para, definitivamente, manter o trabalhador afastado do convívio laboral. Ainda que se considere o estágio avançado da enfermidade, passado aquele tempo, consagrou-se a discriminação. Em outras palavras, pagou-se para não ter o trabalhador no emprego,

A efetividade dos provimentos judiciais deve ser questionada. Os direitos humanos voltam-se às pessoas, à tutela de suas necessidades existenciais, e assim, exigem mais do que teses, de garantias processuais e prazos recursais. Exigem o imediato e incondicional retorno do trabalhador ao emprego, se houver, naturalmente, capacidade laborativa, que hoje se amplia substancialmente. Pode-se cogitar em complemento da extraordinária tarefa do Poder Judiciário com uma espécie de antecipação de tutela obrigatória, já que o trabalhador depende do trabalho para sobreviver e suprir necessidades, especialmente medicamentosas.

Olhar o direito por um viés humanista e existencialista, como se faz necessário, remete a medidas que assegurem, de forma incondicional, a defesa das pessoas e de suas necessidades existenciais. Nesse tema, a dignidade humana deve ser o norte, o que impõe às partes, na relação de trabalho, respeito mútuo, cuidado, auxílio do outro, especialmente o mais necessitado e cooperação, como forma de propiciar o bem estar humano em todas as suas dimensões.

Referências

AIDS-DST. Boletim Aids. Publicação. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf. Acesso em 05.10.2012.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.

BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837. Acesso em 10 de outubro de 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BRASIL. Ministério da Saúde. **AIDS**: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília, 1988.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-217791/1995, Acórdão 3473/1997, 2ª Turma, Relator Ministro Valdir Righetto, julgado em 14 de maio de 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*: seis meditações sobre o direito. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Bookseller, 2001.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Tratado internacional. Viena 1993, Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm. Acesso em 28.09.2012.

DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Editora RT, 1987

FOLHA DE S. PAULO. Escolas vão rejeitar os alunos com o vírus HIV. Notícia. Jornal. Ano 72. Nº 23.043. 05 de maio de 1992. Disponível em http://acervo.folha.com.br/fsp/1992/05/05/2/. Acesso em 10.10.2012.

FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*. Doutrina Cível. Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 661. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro de 1990

HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Artigo. Disponível em: www.google.com.br.&fp =74fecb7f9bc5291&biw=1206&bih=670. Acesso em 28.09.2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2008.

_____. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KROKOSCZ, Marcelo. *Alunos com Aids podem aprender*? Artigo. Revista Profissão Docente. UNIUBE-Universidade de Uberaba. Mestrado em Educação. Disponível em: http://revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/viewFile/86/333. Acesso em 10.10.2012.

MAN, Jonathan. Discurso. 42ª Assembléia Geral das Nações Unidas. Genebra, em 20 de outubro de 1987. Disponível em: http://apps.nlm.nih.gov/againsttheodds/pdfs/OB0855.pdf. Acesso em 05.10.2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114.

NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 28.09.2012.

OIT. Recomendação sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 99ª Sessão, 17 de junho de 2010. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/node/277. Acesso em 02 de outubro de 2012.

OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. *AIDS hoje*. Revista Super Interessante. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível também em: http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml. Acesso em 10 de outubro de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Oito Objetivos do Milênio. Oito jeitos de mudar o mundo. 2000. Disponível em: http://www.objetivosdomilenio.org.br/. Acesso em 02 de outubro de 2012.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Da AIDS e do direito*. Doutrina Criminal. Revista dos Tribunais, Ano 82, Vol. 690. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 1993

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PIETRA, Marta Schiappa. *As três etapas ou estágios diferentes ao longo da infecção por VIH*. Artigo. Blog Psisalpicos. Disponível em: psisalpicos.blogspot.com.br/2007/01/as-trs-etapas-ou-estagios-diferentes-ao.html. Acesso em 19/10/2012.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

RUDNICK, Dani. *AIDS e direitos humanos*. Revista Jus Navigandi. Doutrina. Artigo. Março de 2000. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/1875/aids-e-direitos-humanos. Acesso em 12.10.2012

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SUPER INTERESSANTE. Disponível em http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml . Acesso em 10 de outubro de 2012.

THE NEW YORK TIMES. Jornal. Obituário. Disponível em: http://www.nytimes.com/1990/08/04/obituaries/hans-paul-verhoef-dutch-aids-patient-33.html, acesso em 15/10/2012.

URIARTE, Oscar Ermida. *AIDS e Direito do Trabalho.* Doutrina. Revista de Direito do Trabalho, nº 83. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1993.

HIV E A AIDS: PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E ESTIGMA NO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

Sumário: 1 Os vocábulos discriminação, preconceito e estigma; 2 Terminologia e metáfora: aspectos históricos, sociológicos, médicos, biológicos e estatísticos; 3 As convenções nºs 111 e 159 da oit, a recomendação nº 200 e o código de prática sobre hiv/aids; 4 Discriminação no momento da contratação e durante o vínculo, anulação da dispensa e rescisão indireta. A presunção da dispensa discriminatória. Reintegração. Julgados; 5 Referências.

1 Os vocábulos discriminação, preconceito e estigma

Quando se deseja conhecer um assunto por inteiro torna-se necessário, em primeiro lugar, examinar o verdadeiro sentido das palavras que o envolvem. Não se pode falar no tema HIV/AIDS sem entender o significado dos vocábulos discriminação, preconceito e estigma.

Os vocábulos discriminação e preconceito guardam sentidos distintos. Quando mencionamos a palavra *discriminação* devemos levar em conta aspectos subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo relaciona-se à intenção de discriminar. De outro lado, o elemento objetivo caracteriza-se pela preferência efetiva por alguém em detrimento de outro "sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado". Esse comportamento revela "uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes"[289].

Quanto ao momento do ato considerado discriminatório, parece hoje não haver mais dúvidas, no âmbito trabalhista, que práticas discriminatórias podem ocorrer "na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurada ofensa à dignidade do trabalhador e ao princípio da igualdade"[290].

[289] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

[290] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 405.

A proibição da prática discriminatória no emprego tem fundamento no inciso XXX do artigo 7º da CF/88, nas Convenções nºs 111 e 117 da OIT e na Lei nº 9.029/95. Nesses registros normativos, porém, não se considera como fator de discriminação o estado de saúde. Possível é, no entanto, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, aplicar essa normatividade "quando o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado"[291].

Os casos mais frequentes de discriminação por motivo de saúde ocorrem "nas hipóteses de lesões por esforço repetitivo (LER) e as de síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS, *rectius*: SIDA)"[292].

Considera-se possível juridicamente, também, fundamentar pela aplicação da regra proibitiva a tais hipóteses no sentido de que "a enumeração legal é meramente exemplificativa, e não taxativa ou limitativa"[293].

Na fase pré-contratual, vale dizer, no momento do processo de seleção dos candidatos a emprego, pode-se caracterizar o ato discriminatório até mesmo na análise da codificação genética do candidato com o objetivo de averiguar se este é portador do vírus HIV. Embora o ordenamento jurídico brasileiro não possua "norma que vede esta conduta ao empregador", certamente que se pode considerá-la "injurídica por força da vedação da discriminação"[294].

O ordenamento jurídico brasileiro possui como uma de suas vigas mestras, em matérias de direito fundamentais, "a vedação de discriminação injustificada". Nesse sentido, a dispensa discriminatória "do portador de LER ou do vírus HIV deve ser sancionada com a decretação de nulidade do ato patronal, com a consequente reintegração". Essa reintegração determinada judicialmente mais se justifica "na regra interpretativa de máxima eficácia dos preceitos que asseguram os direitos fundamentais"[295].

Ao comparar o portador de LER (ou DORT) com o portador do vírus HIV/AIDS, Marcus Aurélio Lopes explicita como o empregado acometido por doença acaba estigmatizado no seu ambiente de trabalho, pois se confunde a vítima de doença com o funcionário inapto, pouco produtivo, ineficiente. Nessas situações, revela-se que o portador de LER/DORT e do vírus HIV/AIDS:

> Sofre de uma patologia oculta, que impede o pleno desenvolvimento da atividade laboral, mas não o incapacita totalmente. De outro lado,

[291] ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012. p. 328.

[292] ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 328.

[293] ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 328.

[294] ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 329.

[295] ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.*, p. 329.

> implica numa alteração do comportamento do paciente, confundida quase sempre como desídia ou baixo desempenho, resultando invariavelmente no desempenho do trabalhador. Em comum, as doenças revelam-se altamente estigmatizantes para o trabalhador.[296]

Consoante explicita Larissa Renata Kloss, a discriminação ilícita, injustificada ou negativa "demonstra o repúdio às diferenças, à diversidade de características existentes na condição humana". Objetiva utilizar as diferenças "para prejuízo de outros indivíduos ou de minorias menos favorecidas", isto é, "de pessoas que não possuem características que correspondem àquelas consideradas fortes ou vantajosas na realidade"[297].

A palavra estigma possui um sentido negativo, tratando-se de um fator de diferenciação normalmente injustificado, gerando consequentemente a exclusão social e a invisibilidade em relação às qualidades do indivíduo[298].

O estigma, sem dúvida, produz um descrédito relativamente ao indivíduo, reduzindo as suas possibilidades de vida[299].

Não é demais insistir na afirmação de que o empregados excluídos do mercado de trabalho suportam duas espécies de doença, sendo uma delas o preconceito com que são tratados:

> Nesse cenário nada animador, dois grupos parecem sofrer os efeitos da falta de ocupação mais que os outros: os trabalhadores sem qualificação, pois o mercado, por força da implantação de novas tecnologias na produção, cada vez menos exige a sua presença, e os que, por diversas razões, pertencem a grupos que são alijados do processo produtivo.
>
> Tratando especificamente desse último grupo, padece ele da falta de trabalho por conta de 'doença' que persegue parte da humanidade desde o início dos tempos: o preconceito.[300]

---

[296] LOPES, Marcus Aurélio. **Discriminações nas relações de trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2002, p. 267-268.

[297] KLOSS, Larissa Renata. A tutela inibitória como meio de evitar a discriminação do trabalho da mulher. *In* GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Jurisdição**: crise, efetividade e plenitude institucional. Curitiba: Juruá, 2010. V. III. p. 324.

[298] BACILA, Carlos Roberto. **Estigma** – um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 28.

[299] GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nuns. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 7.

[300] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 15-16.

Tomando-se por base a Convenção nº 111 da OIT, torna-se possível entender a discriminação como todo "o tratamento injustificavelmente diferenciado dispensado a determinada pessoa ou grupo de indivíduos, atuando como fator de redução de oportunidades no seio social"[301].

Esses empregados, assim, passam a ser estigmatizados, suportando "um sistemático tratamento diferenciado", tornando-se "duplamente vitimizados, tanto pela enfermidade que os acomete, quanto pela discriminação a eles voltada"[302].

A discriminação e o estigma transparecem na atividade empresarial onde o trabalhador é candidato ao emprego ou já desenvolve os seus serviços. Pode a discriminação "se dar no ingresso em um emprego", momento em que algumas empresas "procuram se certificar de que o candidato não possua doença grave ou preexistente, principalmente em se tratando de AIDS"[303]. Quando a empresa ou os colegas de trabalho tomam conhecimento "de que o empregado é portador da doença, a situação se agrava". Dessa maneira, sofre, o empregado soropositivo, "a estigmatização das diferenças e a segregação injustificada", o que ocasiona "manifesto prejuízo ao bem-estar e à paz sociais, imprescindíveis à sociedade justa e fraterna preconizada na Constituição brasileira"[304].

Por esses delineamentos pode-se ver o quanto afeta o ser humano a discriminação, o preconceito e o estigma. Essas palavras encontram-se presentes sempre que se examina a questão HIV/AIDS. O pleno conhecimento do sentido que se esconde por trás desses tratamentos é objeto do nosso estudo, não só no sentido linguístico, mas de suas consequências e reflexos na vida humana.

2 Terminologia e metáfora: aspectos históricos, sociológicos, médicos, biológicos e estatísticos

Quais as palavras que devem ser usadas para designar quem está sofrendo por ser portador do HIV/AIDS? Qual é a metáfora que se esconde no entendimento do problema da contaminação? E os aspectos biológicos e médicos que devem ser compreendidos, as informações históricas e estatísticas que devem ser examinadas, como devemos encarar essas questões no âmbito sociológico e jurídico?

---

[301] ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Discriminação no trabalho: o caso dos empregados vítimas de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. *In* GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010. V. III. p. 223.

[302] ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. *Op. cit.*, p. 239.

[303] RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. BARACAT, Eduardo Milléo. HIV e AIDS e o mercado de trabalho: aplicação da Recomendação 200 da OIT no Brasil. *In* RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 35.

[304] RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. *Op. cit.*, p. 35.

Durante algum tempo, o medo do contágio levou a uma consideração puritana sobre o tema, nos anos 90, culpando "a tolerância iniciada nos anos 60 pelo problema atual da AIDS". Nesse sentido, por exemplo, não só os moralistas, mas uma notória defensora da liberdade sexual, como a ensaísta e professora Camille Paglia se manifestou, em livro que escreveu, no seguinte sentido:

> Os anos 60 tentaram um retorno à natureza que acabou em desastre. Tomar banho nu e deslizar na lama de Woodstock por brincadeira foram uma espécie de sonho rousseauniano de vida breve. Minha geração, inspirada pelo espírito de revolta dionisíaca do rock, tentou fazer algo mais radical do que qualquer outra coisa desde a Revolução Francesa. Perguntávamos: por que devemos obedecer a essa lei? E por que não deveríamos seguir nosso impulso sexual? E o resultado foi uma queda na barbárie. Desconfiamos dolorosamente que uma sociedade justa não consegue realmente funcionar se todos fazem o que bem entendem. E da promiscuidade pagã dos anos 60 veio a AIDS. Todos de minha geração que pregaram o amor livre são responsáveis pela AIDS. A revolução dos anos 60 nos Estados Unidos entrou em colapso em razão de seus próprios excessos.[305]

Indaga o jornalista Gay Talese, sobre essa observação: "Mas entrou mesmo em colapso"? E responde negativamente, pois, na sua ótica, ao contrário da opinião acumulada pelas pesquisas, duvida que os Estados Unidos dos anos 90 (com o devido respeito à ansiedade e ao medo provocados pela AIDS) estejam se submetendo a um novo puritanismo, "capaz de reprimir as tentações e os privilégios que pareciam tão chocantes quando se tornaram públicos, há trinta anos".

Quando se trata de falar da doença e do sofrimento, nem sempre o trabalhador revela tudo o que é necessário. Constata-se, na prática médica e na pesquisa a respeito da saúde, "a reticência maciça em falar da doença e do sofrimento":

> Quando se está doente, tenta-se esconder o fato dos outros, mas também da família e dos vizinhos. É somente após longas voltas que se chega, às vezes, a atingir a vivência da doença, que se confirma como vergonhosa: bastou uma doença ser evocada para que, em seguida, venham numerosas justificativas, como se fosse preciso se desculpar. Não se trata de culpa no sentido próprio que refletiria uma vivência

[305] PAGLIA, Camille. Sexo, arte e cultura americana. Publicado no início de 1992, sem página. *Apud* TALESE, Gay. **A mulher do próximo**: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maria Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 8.

> individual, e sim de um sentimento coletivo de vergonha: 'Não é de propósito que a gente está doente'.[306]

Segundo Christophe Dejours, emerge, nesse sentido, "uma verdadeira concepção da doença, própria ao meio". Essa concepção resta dominada pela acusação, vale dizer, toda doença seria, de alguma forma, voluntária: "se a gente está doente, é porque é preguiçoso"[307].

A associação que tradicionalmente se apresenta entre doença e vagabundagem seria característica do meio. Desse modo, "um verdadeiro consenso social se depreende assim, que visa a condenar a doença e o doente"[308].

Historicamente, no Brasil, a Lei nº 7.670/88, em seu artigo 1º, incluiu a SIDA/AIDS[309] como causa de concessão de licença para tratamento de saúde e consequente auxílio-doença, ou aposentadoria, independentemente de período de carência, para o segurado que, após a filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la[310].

Nos períodos de afastamentos o contrato de trabalho ficará suspenso. Na hipótese de falecimento do empregado, assegura-se pensão por morte aos seus dependentes. Na linha desses direitos previdenciários, essa mesma lei, no artigo 1º, item II, passou a permitir ao empregado portador da SIDA/AIDS o levantamento do FGTS, independentemente de dissolução do contrato de trabalho[311].

Dois casos jurisprudenciais citados pela autora mencionada, de origem estrangeira, confirmam a tendência protetiva ao portador do vírus HIV. Nos Estados Unidos, um trabalhador foi recusado, embora aprovado nos exames físicos e intelectuais pertinentes ao cargo, por haver revelado ao futuro empregador ser portador do vírus HIV. O Tribunal do Distrito de Columbia, em decisão proferida em 01.07.1992, ordenou que o trabalhador fosse admitido com o pagamento dos salários retroativos e que se lhe pagasse uma indenização pelo sentimento de angústia e dano moral, "bem como lhe fornecessem uma declaração assinalando a ilegalidade dessa classe de discriminação"[312].

---

[306] DEJOURS, Christophe. **A loucura no trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992. p. 29.

[307] DEJOURS, Christophe. *Op. cit.,* p. 29.

[308] DEJOURS, Christophe. *Op. cit.,* p. 29-30.

[309] Segundo a UNAIDS (http://www.unaids.org.br/), Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS, a terminologia AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*) é adotada no Brasil, enquanto SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) é utilizada em outros países de língua portuguesa.

[310] TURNES, Cassiane Terezinha. **Trabalhador portador do vírus HIV**: quem é o responsável? Monografia (Especialização em Direito do Trabalho) – UNICURITIBA, Curitiba, 2003. p. 19.

[311] TURNES, Cassiane Terezinha. *Op. cit.*, p. 19.

[312] TURNES, Cassiane Terezinha. *Op. cit.*, p. 21.

O Tribunal de Direitos Humanos do Canadá, por outro lado, autorizou a rescisão indireta do contrato de trabalho de um empregador, cozinheiro de cantina, que confessou ser portador do vírus da AIDS. Como essa confidência foi divulgada entre os colegas de trabalho, o capataz recusou-se a provar a comida, advertindo a empresa de serviços de cantina que não seria possível conter os seus empregados se decidissem agredir o cozinheiro. O Tribunal considerou que a empresa deixou de fornecer instruções claras a respeito da AIDS no local de trabalho, o que gerou essa situação por causa dos preconceitos existentes. Condenou, dessa forma, a empresa a pagar ao cozinheiro indenização pela perda de salários e pelo dano à sua reputação, bem como a enviar-lhe uma carta de desculpas[313].

Dentre os relatos sobre portadores de HIV, o filme *Filadélfia* apresenta-se como dos mais importantes. É a contribuição do cinema para o estudo do Direito. A obra se baseia em fatos reais, contando a história de um advogado associado de um grande escritório que é demitido em razão de os sócios descobrirem sua homossexualidade e, mais, que estava contaminado pelo vírus HIV. O advogado ingressa com uma ação de perdas e danos e no julgamento do caso em primeira instância recebe uma indenização, ocorrendo sua morte logo depois. A mensagem do filme é a imoralidade e a ilegalidade do preconceito contra os homossexuais, bem como a discriminação contra os pacientes com doença associada ao HIV. A postura das personagens é eficiente, através de um relato muito bem construído. Trata-se de um trabalho extremamente sensível e pedagógico sobre o tema aqui versado[314].

Como designar o portador do HIV? Segundo Marina Ribeiro Santiago, os profissionais que lidam com a doença e a literatura especializada "desprezam a utilização do termo 'aidético' por considerar que traduz ideias negativas sobre a doença, reflete o preconceito e determina a exclusão social"[315].

Deve-se observar uma terminologia mais condizente com a dignidade humana do enfermo, segundo a autora mencionada. Nesse sentido devem ser privilegiadas as expressões "pessoas soropositivas", "portadores assintomáticos", "portador do vírus HIV", para pessoas que possuam o vírus, mas ainda não desenvolveram a doença. Para aqueles em que a doença já se manifestou as expressões mais adequadas seriam "doente de AIDS" ou "pessoa com AIDS"[316].

---

313 TURNES, Cassiane Terezinha. *Op. cit.*, p. 22.

314 LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema**: relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 71-82.

315 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 29, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

316 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Op. cit.,* p. 211.

Aristóteles, em sua Poética, proferiu a definição mais antiga e sucinta sobre o sentido da palavra metáfora, dizendo: "a metáfora consiste em dar a uma coisa o nome de outra"[317].

O termo AIDS – Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – não designa uma doença, e sim um estado clínico, "que tem como consequência todo um espectro de doenças"[318]. A própria definição de AIDS requer a presença de outras doenças, as chamadas infecções e malignidades oportunistas, ao contrário da sífilis e do câncer, "que fornecem protótipos para a maioria das imagens e metáforas associadas à AIDS"[319].

A AIDS é muitas vezes ocultada, como tantas outras doenças que provocam sentimentos de vergonha. No caso do câncer, por exemplo, "a família frequentemente não revelava o diagnóstico; já com a AIDS, o mais comum é o paciente não revelar o fato a seus familiares"[320].

Quando se afirma o alastramento da doença torna-se necessário compreender que "uma coisa é enfatizar a ameaça que a doença representa para todos", outra bem diferente é afirmar "que mais cedo ou mais tarde todos virão a ser afetados por ela, direta ou indiretamente"[321].

No primeiro caso (ameaça), trata-se de incitar o medo e confirmar os preconceitos, enquanto na segunda hipótese (afirmar que todos serão afetados) tem por objetivo diminuir os preconceitos e reduzir a estigmatização[322].

Eduardo Milléo Baracat considera insuficiente a análise da discriminação do trabalhador com HIV/AIDS, sob o prisma exclusivamente ético-moral. Para isso traz a estatística que de 1980 até junho de 2010 haviam sido registrados 592.914 casos de AIDS, revelando a taxa de incidência que oscila em torno de vinte casos por 100 mil habitantes. Também assinala a faixa etária em que a AIDS incide mais, "em ambos os sexos, de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado de trabalho"[323].

---

317 ARISTÓTELES, Poética. *Apud* SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 81.

318 SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 81.

319 SONTAG, Susan. *Op. cit.*, p. 90.

320 SONTAG, Susan. *Op. cit.*, p. 90.

321 SONTAG, Susan. *Op. cit.*, p. 127.

322 SONTAG, Susan. *Op. cit.*, p. 127.

323 BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação ao trabalhador com HIV/AIDS. **Jornal Gazeta do Povo**. 15.06.2011.

Em outubro de 2012, Luciane Aparecida Conceição, 24 anos, considerada símbolo da luta contra a AIDS, por ter sido a primeira criança a receber o coquetel contra a doença, morreu em Sorocaba-SP. Tendo deixado de tomar os remédios, morreu das complicações decorrentes da ação do vírus HIV. Ela havia tomado uma decisão pessoal de não se tratar mais. Segundo relatos de sua história, adquiriu a AIDS no parto, "sua mãe foi infectada no oitavo mês de gravidez ao receber sangue contaminado"[324].

Sob o título "Vencida pela AIDS", o jornal Folha de São Paulo relata que Luciane Conceição foi a primeira criança do Brasil e uma das primeiras do mundo a receber coquetel contra a AIDS. Há cinco anos, segundo a notícia, decidiu que queria morrer e parou de tomar os remédios. Não queria mais viver com AIDS. Após ter sido abandonada pela mãe no parto, foi adotada quando tinha dois anos. Obteve uma decisão judicial para submeter-se ao tratamento indicado, até então, apenas para adultos. O uso dos remédios reduziu em 98,6% a presença da AIDS e antes de recebê-los, já estava em fase terminal. Dezesseis anos após a decisão da Justiça que permitiu a Luciana tomar os antirretrovirais, "a situação das crianças que nascem com HIV é bem diferente". Avanços no cuidado com crianças infectadas pelo HIV levaram a mudanças na progressão da doença e menor mortalidade. Foi Luciane Conceição quem abriu as portas para muitas crianças. Em 2008 Luciana teve uma filha, Vitória, que nasceu sem o vírus da AIDS[325].

Luiz Otávio Linhares Renault menciona que "algumas atividades poderiam ser preservadas", sujeitas a um cuidado médico-científico maior, "no momento da contratação dos portadores do HIV", mas em hipótese alguma como áreas proibidas ou intocáveis. As situações que poderiam aí enquadrar-se envolveriam "o cozinheiro de um colégio, de um restaurante ou de qualquer empresa, que fornece refeição para os seus empregados ou para terceiros, de enfermeiro, de um pedreiro, etc."[326].

Um outro aspecto importante a ressaltar é a possibilidade dos doentes trabalharem e serem úteis à sociedade sem perigo de contágio. Como salienta Luiz Otávio Linhares Renault, nem sempre o trabalhador nessa situação de doença fica impossibilitado de prestar os serviços. Por isso é necessário permitir-lhes, sem qualquer risco para os companheiros de trabalho, ou para

---

[324] Morre a mulher que foi o 1º bebê a tomar coquetel anti-HIV. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 06.10.2012, p. 7.

[325] VERSOLATO, Mariana. Vencida pela AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Ciência + Saúde. 06.10.2012. p. 7.

[326] RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. *In* VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**: estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 130.

a sociedade, "a ocupação de um posto de trabalho". Justificável, portanto, a ordem judicial de reintegração, nessas situações de despedida discriminatória do portador do vírus HIV[327].

Em entrevista concedida ao Jornal Gazeta do Povo de Curitiba, a médica sanitarista Rita Esmanhoto menciona que no início dos anos 90, quando foi trabalhar no Ambulatório de DSTs/AIDS do Hospital das Clínicas "ninguém queria atender lá. Havia muito medo e preconceito". Segundo ela, "a AIDS é uma doença extraordinária do ponto de vista social". A própria comunidade científica, quando aconteceram os primeiros casos nos Estados Unidos, rotulou a AIDS como "peste gay", prestando "o maior desserviço ao carregar de preconceito uma questão que era de toda a humanidade"[328].

Existe, sim, a possibilidade de o empregado ser contaminado pelo HIV no exercício de suas funções, embora remota a possibilidade. Para que isso não ocorra, há uma Declaração da OMS/OIT recomendando que "se tomem os cuidados necessários para evitar o perigo da transmissão de infecção sanguínea". Tornam-se necessárias, em algumas situações, precauções especiais, cedendo-se roupas e equipamentos de proteção especial, "sem qualquer ônus para o empregado, informando-o sobre os riscos, por meio de dados científicos e ministrando-lhe formação profissional adequada"[329].

Quando impossível tomar as precauções especiais, pode o empregado "abster-se de realizar suas atividades no setor, aguardando as medidas cabíveis, ou postular a rescisão indireta do contrato, diante do perigo manifesto de mal considerável (art. 483 da CLT)"[330].

Em 2010, só no Estado de São Paulo, "a AIDS matou quase nove pessoas por dia". Há falta de campanhas e banalização da doença, que hoje é crônica. Uma campanha eficaz teria que dizer "que não existe milagre fora da prevenção". Por isso, "o combate à AIDS tem que ser em todos os campos, de todas as formas, se quisermos realmente acabar com essa doença"[331].

Uma investigação sobre a AIDS nos Estados Unidos registrou as consequências das reduções nos gastos públicos. Segundo esse estudo, mais de 29.000 crianças nasceram com o vírus HIV, pela eliminação de programas de prevenção na transmissão de mães a filhos; 403.000 enfermos de AIDS deixaram de receber tratamento; 44.000 pessoas deixaram de ser tratadas de tuberculose; 1,1 milhão de crianças deixaram de receber vacinas combinadas; 419.000 crianças deixaram de receber outras ajudas,

---

327 RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Op. cit.*, p. 129.

328 ESMANHOTO, Rita. Entrevista. **Jornal Gazeta do Povo**, 04.09.2011. p. 9.

329 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

330 BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit*., p. 953.

331 SUPLICY, Marta. Prova de amor. **Jornal Folha de São Paulo**. 03.12.2011. p. 42.

como educação e comida, que vinham do fundo para a luta contra a AIDS[332]. Esses números mostram que, mesmo nos Estados Unidos, o país mais rico do mundo, existem desafios imensos quando se trata desse assunto.

Os médicos Caio Rosenthal (infectologista) e Mário Schefer (sanitarista) afirmam que "é possível derrotar a AIDS", mas alertam: "ou o Brasil elimina o preconceito, para zerar a transmissão, ou se distanciará do sonho possível de vencer a AIDS"[333].

Esses profissionais relatam que "só no Brasil, a cada ano, são mais de 12 mil mortos, 35 mil novos doentes e incontáveis infecções". Mas registram a melhor novidade, a evidência cabal de que o tratamento anti-AIDS, "iniciado no momento certo e seguido corretamente pelo paciente, praticamente impede a transmissão do HIV a um parceiro sexual". Desse modo, além dos benefícios individuais, o tratamento passa a contribuir "decisivamente com a prevenção coletiva"[334].

Notícia de jornal do final de 2011 consigna que "a AIDS é mais mortal no sul do país". Em 2010 morreram 11.965 pessoas em decorrência do vírus HIV. Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, juntos, registraram nove óbitos por HIV a cada 100 mil habitantes em 210 contra 6,3 no país, segundo o Ministério da Saúde. No Paraná, em 2010, 559 pessoas morreram em decorrência do vírus HIV, o que dá uma média diária de 1,5 pessoas. O número foi 2,3% superior ao registrado em 2009, quando 546 doentes de AIDS perderam a vida. De 1980 (quando ocorreram os primeiros registros da doença no Brasil) até o ano de 2010, 9.219 pessoas morreram por causa da doença no Paraná. Mas qual seria a explicação para esses números?

Segundo Mário Ângelo Silva, professor da Universidade de Brasília, essa preponderância de casos no sul se explicaria "pelo maior acesso aos testes de detecção do HIV na rede pública"[335]. Os estados das outras regiões estariam manos estruturados para esses exames.

Explicação diferente foi dada pelo Ministério da Saúde, que tem apenas hipóteses para explicar os altos números da infecção no sul, "como a grande presença de drogas injetáveis na região há alguns anos"[336].

---

[332] GIACOSA, Guillermo. **Jornal Perú 21**. 23.11.2011. p. 17.

[333] ROSENTHAL, Caio. SCHEFFER, Mário. É possível derrotar a AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. 01.12.2011. p. A3.

[334] ROSENTHAL, Caio; SCHEFFER, Mário. *Op. cit.*, p. 73.

[335] AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011, p. 4.

[336] NUBLAT, Johanna. Sul mantém taxas altas de novos casos e mortes pro AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Saúde, 29.11.2011, p. C8.

De outra parte, caem as mortes por AIDS e os novos casos da doença no mundo. Levando em conta a estimativa de infectados no Brasil, o tratamento atinge entre 69% e 79% do total. São portadores do vírus e não sabem entre 250 mil e 300 mil pessoas. Tendo em conta o aumento da sobrevida, existem 34 milhões de pessoas portadoras do vírus HIV no planeta. No entanto, cada vez menos pessoas morrem de AIDS no mundo, graças ao aumento do acesso a medicamentos e à diminuição dos novos casos. Ocorrem uma queda de 21% em novas infecções pelo HIV desde o pico registrado em 1997. O auge das mortes anuais por AIDS ocorreu em 2005 e, desde então, houve uma queda de 18%[337].

Há um alerta, contudo, do Professor da UNB e psicólogo Mário Ângelo Silva, referindo que o vírus avança entre jovens homossexuais entre 15 e 24 anos. Por isso a campanha lançada em 2011, na luta contra a doença, tinha como mote: "A AIDS não tem preconceito. Previna-se." Os principais alvos dessa campanha foram os jovens e as mulheres com idades entre 13 e 19 anos. Segundo o professor, como há muito preconceito nas escolas, na área de saúde, na família e na sociedade de modo geral, o adolescente e o jovem homossexual tem baixa autoestima, "o que faz com que ele não se cuide". Para a diretora do Centro de Informação em Saúde da Prefeitura de Curitiba Raquel Cubas, "o grande desafio é investir no diagnóstico precoce da AIDS"[338].

Antes de examinar o complexo tema HIV/AIDS, algumas considerações relevantes sobre aspectos históricos e sociológicos foram introduzidas. A análise da melhor terminologia e da apresentação do termo como metáfora, bem como alguns dos seus sentidos biológico e médico foram relatados, apresentando-se indicadores estatísticos reveladores.

Pintou-se um pano de fundo para apresentar a questão jurídica, inicialmente sob o ponto de vista da Organização Internacional do Trabalho.

3 As convenções nºs 111 e 159 da OIT, a recomendação nº 200 e o código de prática sobre HIV/AIDS

Criada em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, pela Parte XIII do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho consolidou-se neste século como o organismo internacional mais importante no que diz respeito ao mundo do trabalho. As Convenções nºs 111 e 159 da OIT e a Recomendação nº 200 são mencionadas para verificação do problema HIV/AIDS e suas soluções.

---

337 NUBLAT, Johanna. *Op. cit.*, p. C8.

338 AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011. p. 4.

Também se analisa o Código de Prática sobre HIV/AIDS e suas questões principiológicas.

No final do item traz-se um julgado aplicando as regras convencionais da OIT.

A Organização Internacional do Trabalho, na 99ª Reunião de sua Conferência anual, realizada junho de 2010, aprovou a Recomendação nº 200, que trata do vírus HIV e da AIDS.

Essa Recomendação considera HIV o Vírus da Imunodeficiência Humana, que danifica o sistema imunológico humano, ressaltando que a infecção pode ser prevenida por medidas adequadas. Quanto à palavra AIDS, designa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, resultante dos estágios avançados da infecção pelo HIV, caracterizando-se por infecções oportunistas ou cânceres relacionados com o HIV[339].

Para a Recomendação 200 da OIT, pessoas que vivem com o HIV significa pessoas infectadas pelo HIV. Nesse documento, o vocábulo discriminação exprime qualquer distinção, exclusão ou preferência que resulte em anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação, como referido na Convenção e na Recomendação sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação, de 1958.

A palavra estigma relaciona-se à marca social ligada a uma pessoa, que causa marginalização ou significa obstáculo ao inteiro gozo da vida social pela pessoa infectada ou afetada pelo HIV[340].

Dentre os princípios gerais mais importantes destacam-se aqueles relacionados à garantia dos direitos humanos; ao local de trabalho; proibição de discriminação e estigmatização; prevenção e tratamento; proteção à privacidade. Quanto ao primeiro dos princípios, a resposta ao HIV e à AIDS deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive os trabalhadores, suas famílias e dependentes. Quanto ao segundo dos princípios, o HIV e a AIDS devem ser reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores ou trabalhadores. Quanto ao terceiro princípio, não deve fazer nenhuma discriminação nem estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a

[339] **RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

[340] **RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**. *Op. cit.*, p. 10.

segmentos da população tidos como de maior risco ou de maior vulnerabilidade à infecção pela AIDS. Quanto ao quarto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem ter acesso a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à AIDS, deles se beneficiando, e o local de trabalho deve contribuir para facilitar esse acesso. Quanto ao quinto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção à sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a AIDS, em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV; e também nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sociológica[341].

Um aspecto essencial no combate ao preconceito, à discriminação e ao estigma decorre de medidas de sensibilização que devem acontecer especialmente no âmbito empresarial. Essas medidas devem enfatizar que o HIV não é transmitido por simples contato físico e que "a presença de uma pessoa que vive com o HIV não deve ser considerada ameaça no local de trabalho"[342].

Há que se ter em mira, sem dúvida, medidas práticas de apoio à mudança de comportamento, dentre as quais avultam educação sensível, diagnóstico e tratamento precoces e estratégias de suplementação de renda no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras. Assim, os trabalhadores devem receber educação sensível, precisa e atualizada sobre estratégias de redução de risco e, se possível, preservativos masculinos e femininos devem ser disponibilizados.

Deve-se facilitar, sempre que possível, o diagnóstico e tratamento precoces de DSTs e da tuberculose, bem como programas de agulhas esterilizadas e de troca de seringas, ou dar informações sobre os lugares onde esses serviços possam ser prestados. Finalmente, no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras, a educação deve incluir estratégias de suplementação de renda, por exemplo, oferecendo informações sobre atividades geradoras de renda, benefícios fiscais e subsídio salarial[343].

Duas diferenças substanciais entre Convenção e Recomendação podem ser, desde logo, anunciadas: a Convenção constitui uma forma de tratado internacional, a Recomendação não; a Convenção pode ser objeto de ratificação pelo correspondente Estado-Membro, o que, logicamente, não pode ocorrer com uma Recomendação[344].

---

[341] **RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**. *Op. cit.*, p. 13-15.

[342] **RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**. *Op. cit.*, p. 28.

[343] **REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. p. 62.

[344] GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

O valor da Recomendação, muitas vezes, é intrínseco, quando as normas que contém possuem um caráter técnico detalhado. Isso pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto, a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países[345].

A diferença considerada mais importante, no entanto, entre Recomendações e Convenções delineia-se no aspecto relativo à eficiência. Isso quer dizer que uma Recomendação não pode (ao contrário da Convenção) ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejam para dar-lhes o efeito que julguem oportuno[346].

Além da Recomendação nº 200, a OIT elaborou um Código de Prática sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Nesse documento registra-se que o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, "não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia"[347].

Esse conjunto de boas práticas estabelece diretrizes para lidar com a epidemia de HIV/AIDS no mundo do trabalho e no contexto da promoção de trabalho decente. Desse modo, alguns princípios fundamentais definidos nesse código são especialmente apropriados para "combater a discriminação baseada na situação relativa ao HIV", dentre os quais avultam os seguintes: reconhecimento do HIV/AIDS como questão que diz respeito ao local de trabalho; não-discriminação; igualdade de gênero; ambiente de trabalho saudável; diálogo social; detecção para fins de exclusão do emprego e do trabalho; confidencialidade; continuação da relação de emprego; prevenção; cuidado e apoio[348].

Quanto ao primeiro princípio, o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia. Relativamente ao segundo princípio, os trabalhadores não sofrerão discriminação ou estigmatização baseada na sua situação real ou percebida relativa ao HIV. No que diz respeito ao terceiro

---

345 VALTICOS, Nicolas. ***Derecho internacional del trabajo***. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

346 *Idem*, *ibidem*. p. 234-236.

347 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 173.

348 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 173-174.

princípio, as relações de gênero mais igualitárias e o empoderamento da mulher são vitais para evitar a disseminação da infecção por HIV e permitir que as mulheres lidem com o HIV/AIDS. O quarto princípio estipula que o ambiente de trabalho será saudável e seguro, adaptado ao estado de saúde e capacidades dos trabalhadores.

Quanto ao quinto princípio, é necessário que haja cooperação e confiança entre empregadores, trabalhadores e governo no intuito de assegurar a bem-sucedida implementação das políticas e programas relativos à HIV/AIDS. Relativamente ao sexto princípio, não será exigido teste de HIV/AIDS de candidatos a emprego ou pessoas empregadas. Quanto ao sétimo princípio, o acesso a dados pessoais relacionados com a situação dos trabalhadores em termos de HIV será limitado pelas regras de confidencialidade coerentes com o código de prática da OIT. No que diz respeito ao oitavo princípio, a infecção por HIV não é causa para término da relação trabalhista. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV poderão trabalhar enquanto estiverem aptas para desempenhar funções apropriadas. Relativamente ao nono princípio, os parceiros sociais se encontram em singular condição para promover esforços de prevenção, particularmente em relação à mudança de atitudes e comportamentos por intermédio de informação e educação. Por fim, o décimo princípio enfatiza que a solidariedade, o cuidado e o apoio devem servir de guia à resposta ao HIV/AIDS no local de trabalho. Nesse sentido, todos os trabalhadores têm direito a serviços de saúde ao seu alcance e a benefícios dos programas obrigatórios de seguridade social e dos mecanismos de previdência social[349].

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por sua vez, também reconheceu o direito à reintegração do portador do vírus HIV, amparando-se em duas Convenções da OIT, a número 111 e a número 159. A ementa desse julgado, de lavra da Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu, possui o seguinte conteúdo:

> REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunica a rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do

[349] *Idem, ibidem*. p. 173-174.

> trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Da mesma forma, atende-se à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, que contém o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente, para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego.[350]

Com a análise efetuada, buscou-se traduzir um entendimento analítico de como a OIT compreende o fenômeno HIV/AIDS e as proposições para enfrentá-lo, tal como o fez o julgado acima transcrito.

4 Discriminação no momento da contratação e durante o vínculo, anulação da dispensa e rescisão indireta. A presunção da dispensa discriminatória. Reintegração. Julgamentos

Os trabalhadores que convivem com o problema HIV/AIDS sofrem profunda discriminação. Como essa situação é enfrentada pelo direito brasileiro no momento da admissão ao emprego e durante o curso contratual?

A possibilidade de anular a dispensa, obter a reintegração e a presunção da dispensa discriminatória fazem parte dessa análise, mencionando-se julgados e a recente súmula do TST sobre o tema.

Existem inúmeros julgados examinando a situação do empregado portador do vírus da AIDS, salientando-se que, nesse século XXI, podem ser reproduzidos alguns mais esclarecedores, como o proferido no Tribunal Superior do Trabalho, de lavra do Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira, com o seguinte teor:

> REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao emprego da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético (*in verbis*) o direito de permanecer no emprego não

[350] PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-328.

> é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.[351]

Uma sentença proferida por Magistrado do Trabalho do Paraná analisa com percuciência uma realidade que se dissemina no meio empresarial. No caso concreto, a empregada foi dispensada única e exclusivamente porque acometida de AIDS/SIDA. A empresa defendeu-se alegando que a dispensa ocorreu apenas seis meses depois de ter conhecimento desse fato, o que para o juiz não teria "o condão de elidir a prática discriminatória", rejeitando a tese patronal da impossibilidade de reintegração no emprego para o empregado acometido da AIDS/SIDA.

O juiz considerou perverso o argumento de que esse benefício, se concedido ao empregado, poderia estender-se a outras doenças graves como o câncer e a hanseníase, seguindo uma "lógica de seletividade no emprego e de exclusão social de trabalhadores doentes ou deficientes, mas ainda com capacidade para o trabalho". Argumentou que se violam, aí, princípios constitucionais, "invertendo a lógica de proteção a todos os trabalhadores que forem discriminados por doença ou deficiência". Concluiu a decisão, assim, que a reintegração do empregado discriminado no emprego "não decorreu da estabilidade concedida por lei, mas de nulidade da dispensa discriminatória"[352].

Em dissertação que apresentou ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Fábio Luiz de Queiroz Telles assinala que as hipóteses mais enfrentadas pelo Judiciário sobre este tema dizem respeito "à análise de ser nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser portador do HIV e que determinam a reintegração ao emprego". Outra hipótese vincula-se à vedação de dispensa do empregado soropositivo, por considerá-la obstativa do direito "de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando a reintegração do empregado às suas funções"[353].

---

[351] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003.

[352] PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RT 3511/2002, Juiz Maurício Mazur. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, ª 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 479-495.

[353] TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. **O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa**: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. p. 90-91.

Torna-se indispensável, sobre esse tema, considerar que "a AIDS não pode ser vista como um flagelo, um castigo divino devido à iniquidade humana". Por isso, os Tribunais do Trabalho, "ao inibir o preconceito e a discriminação, anulando as dispensas arbitrárias e sem justa causa", direcionam para a população um entendimento de que a AIDS não é um mito, "mas uma doença como qualquer outra e que apesar de a medicina não ter encontrado a cura até então, não transforma seus portadores em párias e nem os condena imediatamente à morte"[354].

Nesse sentido humano da compreensão do problema HIV/AIDS, verifica-se que "o portador de HIV tem toda capacidade de desenvolver projetos e realizar suas funções como qualquer outro trabalhador". Por isso, não se pode admitir o afastamento das funções e do trabalho, "pois mantê-lo trabalhando pode favorecer no tratamento, podendo significar-lhe a vida". Para o soropositivo, o trabalho representa não só o estímulo para continuar lutando contra a vida, "como também representa o único meio de sobrevivência e custeio para adquirir medicamentos necessários para o tratamento e manutenção diária de sua carga viral"[355].

A análise da temática que envolve os portadores do vírus da AIDS mereceu comentário de Vólia Bomfim Cassar no sentido de que a pedra de toque é a discriminação e não uma suposta estabilidade, "assim, quando o empregador demite um portador do vírus HIV, segundo o TST, ele deve provar (ônus do patrão) que o procedimento não foi discriminatório"[356].

Na opinião dessa autora, seria possível "a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças"[357].

Quanto ao paciente com doença associada ao HIV, Sergio Pinto Martins assevera que possui direito a auxílio-doença ou aposentadoria, desde que a doença se manifeste após a filiação à Previdência Social. Registra, no entanto, que enquanto a doença não se manifestar, não haverá direito a qualquer benefício previdenciário[358].

Considera esse autor haver prejuízo ao soropositivo, apenas, se a empresa o impedir de fazer jus ao benefício previdenciário. Não seria, no entanto, abusivo o ato do empregador que dispensa o empregado doente de AIDS, pois estaria exercendo seu direito constitucional de dispensar o empregado, devendo

[354] *Idem*, *ibidem*. p. 92.

[355] *Idem*, *ibidem*. p. 93.

[356] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357.

[357] *Idem*, *ibidem*. p. 357.

[358] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

apenas pagar as verbas rescisórias[359].

No sentir desse doutrinador, a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda atos de discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem racial (art. 1º). Mas não trataria, especificamente, da reintegração de empregado em decorrência de doença, especialmente de AIDS[360].

A Diretora do Departamento de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Cleopatra Doumbia-Henry, asseverou que "as pessoas devem usar os direitos que têm para se proteger, como não contar (ao empregador) que tem AIDS"[361].

Segundo a Diretora da OIT mencionada, o objetivo é "lidar com o estigma, lutar contra ele. Esse estigma está na sociedade e até no governo. É preciso mudar o pensamento, mudar a mente". Em sua ótica, quem decide falar sobre o assunto contribui para a mudança. O problema da discriminação tem aparecido com frequência porque o silêncio está acabando: "a AIDS é uma doença qualquer e não deve ser usada para discriminar qualquer pessoa".

A advogada trabalhista Leandra Campagnolo pondera que "a lei não obriga ninguém a fazer nada, especialmente quando se trata de uma questão discriminatória". Nesse sentido, não é possível determinar a realização de "um exame de AIDS tanto quanto não se pode obrigar a um de gravidez". Essas determinações podem "gerar dano moral no caso de haver demissão pode ser tornada sem efeito com a readmissão por ordem judicial[362].

Segundo Leandra Campagnolo, o entendimento atual da Justiça no Brasil vai no sentido de caber "à empresa denunciar a comprovação de que uma demissão, por exemplo, não foi motivada por discriminação". Isso quer dizer que, se um funcionário que se sinta discriminado denunciar a empresa, caberia "a esse empregador comprovar a legalidade da demissão, e não ao funcionário, como estabelece o direito para a maioria dos outros casos"[363]. Quanto se argumenta pela existência ou não de segurança jurídica, inexistiria essa situação para quem demite ou para quem é demitido, havendo trabalhos da OIT, entretanto, direcionados a proteger os portadores de AIDS.

O indivíduo soropositivo, na dicção de Mariana Ribeiro Santiago, não deve ser discriminado nem na admissão nem no exercício da atividade laborativa,

---

[359] *Idem*, *ibidem*. p. 443-444.

[360] *Idem*, *ibidem*. p. 444.

[361] SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação nacional, p. 30.06.2011.

[362] *Idem*, *ibidem*.

[363] SGARBE, Vinícius. *Op. cit.*

pois não perde os direitos de personalidade em virtude da doença. Pode ocorrer, sim que o trabalho não seja recomendável quando, pelo estágio da doença, "o indivíduo não apresentar mais capacidade técnica de exercer a função, caso em que, se empregado, lhe competem os benefícios previdenciários"[364].

Quanto à higidez do vínculo laboral, Alice Monteiro de Barros esclarece que "a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho"[365].

Relembra essa autora, também, que a Recomendação nº 169, de 1984, complementadora da Convenção nº 122/64 da OIT, a respeito da política de emprego, após recomendar seja eliminada toda forma de discriminação, sugere, ainda, medidas que satisfaçam "às necessidades de pessoas que tenham, frequentemente, dificuldade para encontrar emprego duradouro, podendo ser incluídos aí os portadores de HIV/AIDS"[366].

O TRT de São Paulo, o maior do Brasil em número de processos judiciais trabalhistas, relativamente ao tema da dispensa de empregado portador de vírus HIV, considerou o ato fundado em atitude discriminatória, pois o "poder do empregador" de encerrar a relação empregatícia, em tais hipóteses, "é limitado em razão das garantias do emprego e, especialmente, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana"[367].

O ato da empresa não só teria violado princípios constitucionais, como teria obstado ao empregado o direito a receber "tratamento previdenciário conferido aos soropositivos pela Lei 7.670/88, primeira luz a brilhar no ordenamento jurídico, em proteção aos mesmos"[368], incidindo, assim, na hipótese preconizada pela Lei 9.029/95.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 443 de sua jurisprudência predominante, com o seguinte teor:

> DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido

---

[364] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, a. 29, out.-dez.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 218.

[365] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1202.

[366] BARROS, Alice Monteiro de. *Op cit.*, p. 1202.

[367] SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851, 9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br >. Acesso em: 12.out.2012.

[368] SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. RO 01760200000702006-SP. *Op cit.*

> o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.[369]

Já de há muito tempo vinha o C. TST firmando o entendimento de que "a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso"[370].

No corpo desse acórdão registra-se que "mesmo na ausência de prova de nexo causal", a Corte reconhece a presunção de ato discriminatório na dispensa imotivada de empregado soropositivo, "admitindo, contudo, prova em contrário". No caso dos autos não existiria evidência do fato que motivou a dispensa do empregado, mas apenas a constatação de que se deu seis anos após a descoberta do quadro clínico do empregado e que teriam ocorrido outras dispensas no mesmo período, o que seria muito pouco "para afastar a presunção de discriminação na dispensa imotivada do reclamante". Insiste o julgado no princípio da dignidade da pessoa humana, somado ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV da CF/88), que imporia "a proteção do mercado de trabalho desse seguimento extremamente discriminado na sociedade". Não fosse assim, diz o acórdão, "não seria proibida a realização de exames admissionais que investiguem a sorologia do HIV nos candidatos a postos de trabalho"[371].

Há um acórdão paradigma do C. TST, de lavra do Ministro Lélio Bentes Corrêa, que assevera a significativa contribuição da OIT para esse entendimento:

> EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação – ilícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3.3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo

[369] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012, p. 132-133.

[370] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

[371] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR – 124.400-43.2004.5.02.0074. *Op. cit.*

de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4 Recurso de revista conhecido e provido.[372]

A igualdade de oportunidades e tratamento, para ser garantida, não se basta na proteção jurídica oferecida, mas depende, sempre, da existência de procedimentos judiciais efetivos, "que possam ser invocados pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação". Muitas vezes, as regras de procedimento aplicáveis exigem que o discriminado prove a existência da discriminação, constituindo obstáculo a resolver esses casos. Com o objetivo de superar essas dificuldades, muitos países introduzem regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos. Para alguns sistemas jurídicos, a regra consiste em verificar se o demandante é capaz de provar *prima facie*. Se isso não for possível, o ônus da prova deve ser transferido ao demandado, "que então terá de demonstrar que a diferença de tratamento baseara-se em considerações objetivas não relacionadas com qualquer motivo de discriminação"[373].

Quanto aos instrumentos da OIT que tratam do ônus da prova, tanto a Comissão de Peritos quanto o Comitê de Liberdade Sindical consideram a inversão em casos de discriminação "como uma medida importante para assegurar-se a efetiva proteção contra a discriminação no emprego e na profissão, como requerem as Convenções da OIT sobre igualdade e liberdade sindical"[374].

Nessa área, há quase um consenso de que, na ausência de legislação específica, os Tribunais devem tomar a iniciativa de "inverter o ônus da prova em casos de alegada discriminação no emprego e na profissão"[375].

Consoante referido, a análise do item prendeu-se à compreensão do tema HIV/AIDS pelo Poder Judiciário brasileiro, especificamente na Justiça do Trabalho.

A recente súmula editada pelo TST parece ter solucionado a grave questão do ônus da prova, direcionando-se pela presunção discriminatória da dispensa do empregado portador do vírus HIV que suscita estigma ou preconceito. Uma vez imediado o ato da dispensa, naturalmente deve o empregado ser reintegrado ao emprego.

---

[372] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélio Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.

[373] BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 161.

[374] BEAUDONNET, Xavier. *Op. cit,* p. 162.

[375] BEAUDONNET, Xavier. *Op. cit.*, p. 163.

Referências

AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011, p. 4.

ARISTÓTELES, Poética. *Apud* SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Discriminação no trabalho: o caso dos empregados vítimas de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. *In* GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010. v. III.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigma** – um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação ao trabalhador com HIV/AIDS. **Jornal Gazeta do Povo**. 15.06.2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélio Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

DEJOURS, Christophe. **A loucura no trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

ESMANHOTO, Rita. Entrevista. **Jornal Gazeta do Povo**, 04.09.2011. p. 9.

GIACOSA, Guillermo. **Jornal Perú 21**. 23.11.2011. p. 17.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nuns. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

KLOSS, Larissa Renata. A tutela inibitória como meio de evitar a discriminação do trabalho da mulher. *In* GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos;

GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Jurisdição**: crise, efetividade e plenitude institucional. Curitiba: Juruá, 2010. v. III.

LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema**: relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

LOPES, Marcus Aurélio. **Discriminações nas relações de trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
Morre a mulher que foi o 1º bebê a tomar coquetel anti-HIV. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 06.10.2012, p. 7.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUBLAT, Johanna. Sul mantém taxas altas de novos casos e mortes por AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Saúde, 29.11.2011, p. C8.

PAGLIA, Camille. Sexo, arte e cultura americana. Publicado no início de 1992, sem página. *Apud* TALESE, Gay. **A mulher do próximo**: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maria Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RT 3511/2002, Juiz Maurício Mazur. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, nº 53, jul.-dez. 2004.

RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. *In* VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**: estudos. São Paulo: LTr, 2000.

REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010.

RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. BARACAT, Eduardo Milléo. HIV e AIDS e o mercado de trabalho: aplicação da Recomendação 200 da OIT no Brasil. *In* RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012.

ROSENTHAL, Caio. SCHEFFER, Mário. É possível derrotar a AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. 01.12.2011. p. A3.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 29, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851, 9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br >. Acesso em: 12.out.2012.

SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação nacional, p. 30.06.2011.

SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SUPLICY, Marta. Prova de amor. **Jornal Folha de São Paulo**. 03.12.2011. p. 42.

TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. **O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa**: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012.

TURNES, Cassiane Terezinha. **Trabalhador portador do vírus HIV**: quem é o responsável? Monografia (Especialização em Direito do Trabalho) – UNICURITIBA, Curitiba, 2003.

VALTICOS, Nicolas. ***Derecho internacional del trabajo***. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

VERSOLATO, Mariana. Vencida pela AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Ciência + Saúde. 06.10.2012. p. 7.

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

EDUARDO MILLÉO BARACAT

NATAN MATEUS FERREIRA

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Tentativas legiferantes bem e mal-sucedidas. 3. Discriminação do trabalhador soropositivo: analogia da lei nº 9.029/95. 4. Convenção nº 111 da oit: base da jurisprudência brasileira sobre tratamento discriminatório do trabalhador soropositivo. 5. Tratamento jurisprudencial da dispensa do empregado soropositivo. 6 Conclusão.

RESUMO: Várias foram as tentativas legislativas para proibir a discriminação do trabalhador soropositivo, inclusive para criminalizá-la. A maioria não teve sucesso, ao menos por enquanto. No entanto, existem instrumentos normativas em vigência que podem ser eficazes no combate a discriminação do trabalhador soropositivo. O primeiro deles, é a Lei nº 9.029/95 que, aplicada por analogia, conferiria importante tutela ao acesso ao emprego e a proibição da discriminação. O segundo é a Convenção nº 111 da OIT que, ratificada pelo Brasil, cria mecanismos de combate a discriminação do trabalhador. O terceiro, é a própria construção jurisprudencial, através da inversão do ônus da prova nos processos onde o trabalhador alega dispensa discriminatória.

PALAVRAS-CHAVE: AIDS/HIV, trabalhador, discriminação, proteção.

1 Introdução

A AIDS é uma pandemia global que atinge mais de 40 milhões de pessoas. A cada 10 infectados, nove trabalham[376]. Esses dados demonstram que a doença afeta o trabalho e a economia mundial. É que quando uma pessoa que vive com HIV deixa de trabalhar se perde também capital humano, pois o trabalhador agrega uma série de conhecimentos e habilidades que podem ser úteis à sociedade. A referida perda de capital humano não se deve apenas à redução da capacidade laboral ou às mortes provocadas pela doença, mas também à discriminação desses trabalhadores.

No Brasil, de 1980 até junho de 2010, haviam sido registrados 592.914 casos de AIDS, sendo que a taxa de incidência oscila em torno de 20 casos por 100 mil habitantes. Apenas em 2009 foram notificados 38.538 casos. Outro dado relevante é a faixa etária em que a AIDS é mais incidente, em ambos os sexos, de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado de trabalho.[377]

O universo dos portadores do HIV, todavia, provavelmente seja maior, visto que muitos tomam conhecimento da doença apenas quando os principais sintomas se manifestam. Com efeito, existem muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença, mas podem transmitir o vírus a outras pessoas.

Sem tratamento adequado, os trabalhadores soropositivos economicamente ativos, cedo ou tarde, desenvolverão a AIDS, ficando, precocemente, impossibilitados de trabalhar e auferir os meios necessários à subsistência própria e de seus dependentes. Observe-se, ainda, que a duração da doença aumenta a carga econômica que pesa sobre o resto da força de trabalho. Além disso, a ocorrência da AIDS impõe um ônus social adicional às famílias dos doentes que necessitam apoiar e dar assistência aos soropositivos. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que em 2015 em escala mundial, o efeito combinado das mortes e doenças atribuídas ao HIV, implicará acréscimo de 1% da carga econômica e de mais de 1% da carga social. As mortes desses doentes se traduzem também na perda de investimentos em qualificações e experiências adquiridas, sendo que esta perda de capital humano é uma das ameaças à erradicação da pobreza e ao alcance de um padrão de desenvolvimento sustentável.[378]

A discriminação dificulta a prevenção, como também o diagnóstico precoce, prejudicando uma maior sobrevida dos trabalhadores soropositivos.

---

376 Disponível em: <www.ilo.or/aids>. Acesso em: 04 set. 2011.

377 (www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil, acesso em 04 set 2011.

378 (El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: estimaciones a nível mundial, impacto y medidas adoptadas,www.ilo.org)

Os portadores do vírus HIV sofrem importante discriminação, sobretudo no mundo do trabalho, tanto na contratação, quanto na manutenção do contrato de trabalho, sendo extremamente danoso quando são despedidos pelo empregador. O argumento do empregador, via de regra, é o do prejuízo à atividade econômica que o empregado portador do vírus HIV pode acarretar, por meio de indisposição junto aos colegas de trabalho, ou do afastamento de clientes.

Existe, muitas vezes, preconceito do próprio empresário, decorrente da ignorância e desinformação do meio social onde vive. Os nefastos reflexos sócioeconômicos da pandemia justificam atitudes que não sejam discriminatórias, nem preconceituosas, sobretudo no âmbito das relações de trabalho.

Apesar de cientificamente comprovado serem bastante restritas as possibilidades de contágio (basicamente relações sexuais, transfusões sanguíneas e partilha de agulhas contaminas), não é incomum que se evitem contatos o soropositivo, com medo de contaminação.

Além disso, o trabalho é uma das esferas de maior importância em ralação ao convívio social. Quando se nega àquele que vive com HIV a possibilidade de trabalhar, se lhe está negando a possibilidade de convívio social, além de se retirar a sua fonte de renda.

Busca-se, destarte, em razão da presente pesquisa enfrentar o debate em torno da eficácia dos instrumentos jurídicos existentes no tocante tutela do trabalhador soropositivo, seja no acesso ao empregado, seja na sua manutenção.

2 Tentativas legiferantes bem e mal-sucedidas

A pandemia da AIDS surgiu a partir da década de 90, quando milhões de pessoas eram contaminadas pelo vírus HIV, expondo suas feridas e causando a repulsa da maioria da sociedade.

A tutela das pessoas soropositivas tornou-se urgente, sempre dependente da atuação dos Poderes da República, principalmente do Executivo e Legislativo.

Ao longo das duas décadas em que a sociedade brasileira convive com o HIV/AIDS, algumas importantes medidas de proteção ao soropositivo foram implementadas em razão da promulgação de leis que reconheceram determinados direitos.

A atuação legislativa brasileira em relação a proteção das pessoas portadoras de HIV/AIDS é insuficiente, seja por omissão do Legislativo, seja por oposição do Executivo.

No Brasil a primeira lei referindo-se ao vírus HIV foi a Lei n. 9.313, de 13/11/1996, ainda vigente que prevê a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. O Projeto de iniciativa do Senador José Sarney teve tramitação rápida nas duas casas do Congresso Nacional, já

que proposto e aprovado em 1996.[379]

Em 07/03/2003, por exemplo, a Senadora Serys Slhessarenko apresentou o Projeto de Lei 51/2003 que objetivava definir os crimes resultantes de discriminação ao portador do vírus HIV ou ao doente de AIDS. Aprovado pelo Senado foi enviado a Câmara dos Deputados em 26/10/2005, onde em Sessão Plenária de 19/10/2011 foi aprovado, com modificações.[380] Em decorrência o Projeto foi devolvido ao Senado Federal, encontrando-se desde 03/11/2011 na Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania aguardando designação de relator.

Outro projeto ainda inconclusivo que ainda tramita na Câmara dos Deputados, é o Projeto de Lei 5522, apresentado pelo Deputado André de Paula em 28/06/2005 que dispõe sobre a obrigatoriedade de implantação de protocolo terapêutico para a prevenção da transmissão vertical do HIV. O Projeto permaneceu dois anos no Senado Federal (de 20/11/2007 a 04/12/2009) que o aprovou com modificações.[381] Em razão das modificações, o Projeto foi enviado a Comissão de Seguridade Social, onde o parecer final restou aprovado, sendo que atualmente se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania desde 11/11/2011, aguardando designação de relator.[382]

Além da legislação federal citada, existem no Brasil outros atos normativos que buscam a tutela da pessoa soropositiva.

Citem-se, como exemplo:[383]

- A Portaria Interministerial nº 869, de 11/8/1992 dos Ministros da Saúde, Trabalho e da Administração que "Proíbe a testagem para detecção do vírus HIV, nos exames pré-admissionais e periódicos de saúde dos servidores públicos";

- Distrito Federal: Portaria nº 007, de 27/05/1993 do Secretário de Saúde – SES – "Proíbe a testagem para detecção do vírus HIV nos exames pré-admissionais e periódicos de saúde dos servidores públicos";

- Espírito Santo: Lei Estadual nº 7.556 de 10/11/2003 – "Proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV ou às pessoas com AIDS e dá outras providências";

- Goiás: Lei Estadual nº 12.595, de 26/01/1995 – "Veda e penaliza qualquer ato discriminatório em relação às pessoas com HIV/AIDS";

---

379 www.senado.gov.br, acesso em 15/10/2012.

380 A modificação foi a supressão do inciso III do art. 1º, segundo o qual:

381 A alteração foi a seguinte: "Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para incluir a elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas entre as atribuições da direção do Sistema Único de Saúde, em cada esfera do governo" (www.camara.gov.br, acesso em 16/10/2012).

382 www. camara.gov.br, acesso em 16/10/2012.

383 Parecer do Deputado Regis de Oliveira aprovado pela Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 27/10/2009 (www.camara.gov.br, acesso em 16/10/2012).

- Minas Gerais: Lei Estadual nº 14.582, de 17/01/2003 – "Proíbe a discriminação contra portadora do vírus da imunodeficiência humana – hiv – e pessoa com síndrome da imunodeficiência adquirida – aids – nos órgãos e entidades da administração direta e indireta do estado e dá outras providências";

- Paraná: Lei Estadual nº 14.362, de 19/04/2004 – "Veda discriminação aos portadores do vírus HIV ou a pessoas com AIDS";

- Rio de Janeiro: Lei Estadual nº 3.559, de 15 de mao de 2001 – "Estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem portadores de vírus HIV, sintomáticos e assintomáticos, e dá outras providências":

- São Paulo: Lei Estadual nº 11.199, de 12/07/2002 – "Proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV ou às pessoas com AIDS e dá outras providências";

- Rio Grande do Norte: Lei Estadual nº 8.813 de 2006 – "Veda discriminação aos portadores do vírus HIV ou a pessoas com AIDS";

No tocante a proteção do trabalhador soropositivo, em particular, as tentativas legislativas não lograram êxito.

Em 27/4/1999 o Senador Lúcio Alcântara apresentou no Senado Federal projeto de lei que recebeu o número 267, cujo objetivo era alterar a CLT para dispor sobre a estabilidade do empregador portador do vírus HIV. O Projeto teve tramitação relativamente rápida no Congresso Nacional. O Senado o aprovou em 15/9/1999, enviando-o a Câmara dos Deputados em 04/10/1999. Em 15/11/2001, a Câmara dos Deputados aprova a matéria, encaminhando-a a Sanção Presidencial. No dia 07/12/2001 é publicado no Diário Oficial da União o veto integral do Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso.[384]

Outra iniciativa no mesmo sentido foi da Senadora Roseana Sarney, através do Projeto 145, de 18/05/2006. O projeto visava a conferir estabilidade no emprego do trabalhador portador do vírus HIV e da hepatite C. O projeto permaneceu aguardando inclusão na ordem do dia de 01/08/2006 a 14/01/2011, tendo sido arquivado definitivamente ao final da legislatura em 14/1/2011.[385]

Em razão da ausência de tutela legal direta, mas diante da necessidade de especial proteção jurídica do trabalhador soropositivo, tornou-se necessário investigar a possibilidade da aplicação, por analogia, da Lei nº 9.029/95 que dispõe sobre discriminação do trabalhador.

[384] www.senado.gov.br, acesso em 16/10/2012.

[385] www.senado.gov.br, acesso em 16/10/2012.

3 DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHADOR SOROPOSITIVO: ANALOGIA DA LEI Nº 9.029/95

O art. 8º da CLT[386] autoriza que o juiz, na falta de disposições legais ou contratuais, decida, conforme o caso, por analogia.

Analogia é o processo de técnica jurídica através da qual se realiza a integração, ou seja, aplicar a caso não disciplinado por lei, norma prevista para outra hipótese tipificada.[387]

O fundamento jurídico-filosófico é o princípio da igualdade de tratamento, através do qual fatos de igual natureza devem ser tratados de igual forma, de modo que se aplica a mesma norma para fatos semelhantes.[388] Trata-se efetivamente da aplicação do princípio da igualdade ante a lei como exigência de equiparação. Com efeito, a igualdade ante a lei pressupõe o trato igual de circunstâncias ou situações não coincidentes. A ausência de absoluta coincidência entre os dois fatos, no entanto, não é relevante para o reconhecimento de determinados direitos ou para a aplicação de uma mesma regulamentação normativa, pois visa a obstar qualquer tratamento discriminatório ou privilégio.[389]

Há três pressupostos para a analogia legal. O primeiro é que o fato não pode já estar disciplinado por lei. O segundo, que exista, ao menos, um elemento de identidade entre o fato previsto e o não-previsto. Por fim, que a identidade entre os dois fatos atenda a razão da lei, ao seu espírito.[390]

Não se pode utilizar a analogia, portanto, quando a norma é criada para determinada hipótese excepcional, e o caso em que se pretende aplicá-la não apresente a mesma característica.

A Lei nº 9.029/95 disciplina a proibição de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, principalmente em relação a exigência de atestado de gravidez e esterilização, além de estabelecer determinadas condutas como ilícitos penais e determinar os efeitos trabalhistas e administrativos da dispensa discriminatória.

O art. 1º da lei está assim redigido:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e

---

386 "Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

387 AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 4ª ed. SP: Renovar, 2002, p. 90.

388 *Id.*, p. 91.

389 LUÑO, Antonio E. P. *Dimensiones de la igualdad*. 2ª ed. Dykinson: Madrid, 2007.

390 *Id.*, p. 91.

> limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
>
> O art. 2º da Lei nº 9.029/95 prevê que constitui crime:
> I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez";
> II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:
> a) Indução ou instigamento à esterilização genética;
> b) Promoção do controle de natalidade, assim, não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.
>
> O art. 4º, por seu turno, dispõe:
> Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado oprtar entre":
> I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas de juros legais;
> II – a percepção, e dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Os arts. 1º e 4º da Lei em foco, portanto, tratam de hipóteses de discriminação de trabalhador, seja no tocante ao acesso ao emprego, seja na manutenção a este, e os correspondentes efeitos.

Há, pelo menos, três elementos de identidade entre o fato tratado pelo art. 1º da Lei nº 9.029/95 e o fato "discriminação do trabalhador soropositivo no acesso e manutenção do emprego".

O primeiro é a proibição de discriminação. Ou seja, o espírito dessa Lei é de que a discriminação - enquanto violação ao princípio da igualdade, segundo o qual as pessoas devem ser tratadas de forma igual pela lei - é odiosa e deve ser proibida.

O segundo é de que o sujeito tutelado pela Lei nº 9.029/95 é o trabalhador, ou seja, aquela pessoa que depende de seu trabalho para a sua subsistência e de seus familiares.

E o terceiro, de que a tutela dirige-se a comportamento de empregador seja em relação ao acesso, seja no tocante a manutenção do emprego.

Justifica-se, amplamente, a aplicação por analogia legal, dos arts. 1º e 4º da Lei nº 9.029/95 que proíbe a adoção de prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso e manutenção do emprego dos trabalhadores soropositivos e estabelece os efeitos pecuniários decorrentes.

A jurisprudência brasileira acolhe amplamente a aplicação por analogia dos arts. 1º e 4º da Lei nº 9.029/95 às hipóteses de vedação de discriminação a acesso e manutenção de trabalhadores soropositivos.[391]

No entanto, há opinião em sentido contrário. Alice Monteiro de Barros defende que "não se pode aplicar a Lei 9.029 aos portadores do HIV, uma vez que ela contém preceito de natureza penal, insuscetível de interpretação analógica ou extensiva."[392]

A autora defende que o fato de haver previsões criminais na lei impede por completo que ela seja aplicada aos soropositivos, ainda que a maior parte da lei contenha previsões de cunho trabalhista ou administrativo.[393]

---

391 "REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DESPEDIDA NÃO ARBITRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. É certo que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*), bem como a Lei nº 9.029/95, impedem que o empregado portador do vírus HIV ou aquele que já manifestou a doença - AIDS - seja despedido arbitrariamente, na esteira do que vem decidindo os Tribunais pátrios e defendendo a doutrina nacional. Porém, a prova da alegada arbitrariedade cometida pelo empregador cabe ao obreiro, nos moldes dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, sendo improsperável o pleito de reintegração quando não atendidos citados dispositivos" (SP, TRT-15ª Reg.,Nº 4.896/2000-RO-4, julg. 6/11/2000, Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, www.trt15.jus.br, acesso 31/12/2012); "PORTADOR DA SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA - AIDS - INDENIZAÇÃO. Desde que seja do conhecimento da empresa que o empregado estava acometido pelo vírus HIV e que inexista comprovação de motivo de ordem disciplinar, econômica ou financeira para a despedida, bem como atitude patronal de colocar o emprego à disposição do soropositivo, posto que ciente do estado infecto-contagioso gravíssimo do trabalhador, tem-se por arbitrária e discriminatória a sua dispensa, cuja indenização se circunscreve àquela preceituada no inc. II do art. 4º da Lei nº 9.029/95" (SC, TRT-12ª Reg., RO-V 03957-2002-036-12-00-2, julg. 27 de outubro de 2003, Publicado no DJ/SC em 11-11-2003 , página: 173, Rel. Dilnei Ângelo Biléssimo, www.trt12.jus.br, acesso em 31/10/2012).

392 BARROS, Alice Monteiro de. *AIDS no local de trabalho. Um enfoque de direito internacional e comparado*. Disponível em <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_amb_01.asp.>. Acesso em: 26 fev. 2012.

393 A autora argumenta: "Se a lei ordinária 9.029, de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para acesso à relação de emprego ou à sua manutenção, tivesse incluído o estado de saúde, ao lado dos motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que relacionou, não haveria dificuldade na interpretação e conseqüente deferimento da reintegração do portador do HIV no emprego, pois essa lei a prevê, embora com imprecisão técnica faça menção à readmissão, mas com direito a salários". (Id).

Inexiste óbice a aplicação por analogia a apenas um artigo da lei, mormente se a lei, no seu todo, contém regras com conteúdos distintos.

Por mais que o art. 2º da Lei nº 9.029/95 tipifique criminalmente determinadas condutas, os arts. 1º e 4º disciplinam fato exclusivamente trabalhista onde há evidente identidade com a discriminação do trabalhador soropositivo. Justifica-se, destarte, a aplicação por analogia dos arts. 1º e 4º da Lei nº 9.029/95 a hipótese do trabalhador soropositivo.[394]

As discussões a respeito dos efeitos jurídicos da dispensa discriminatória do empregado soropositivo não se esgotam no exame das normas vistas até aqui. Tal discussão é apenas incidental num debate ainda maior, sobretudo diante das normas internacionais, sobretudo da Convenção 111 da OIT.

---

[394] "PORTADOR DE VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO - CONVENÇÃO OIT 159 - READAPTAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAIS. 1. A proteção contra discriminação cobra do intérprete " exegese pró-ativa" que efetivamente implique o operador do direito na viabilização concreta do bem jurídico perseguido. Na hipótese do portador do vírus HIV, a tutela contra discriminação desse trabalhador, tanto no âmbito da empresa, como no do estabelecimento, pode ser alcançada a partir da presunção da existência de dispensa discriminatória, quando não exista motivação de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, para a despedida, salvo robusta prova em contrário. Inteligência dos artigos 1o. e 4o. inciso I, da Lei no. 9.029/95. 2. A discriminação velada, inconsciente e até involuntária é um fenômeno que deve ser combatido, mas é uma realidade que não pode ser simplesmente ignorada pelo Judiciário. A releitura do instituto da readaptação profissional, principalmente à luz da perspectiva aberta pelo artigo 1o. da Convenção OIT 159, é uma das formas de ponderação dos bens jurídicos postos em confrontação, na difícil e delicada questão que envolve a integração do portador de vírus HIV na vida social da empresa" (MG, TRT-3ª Reg. 01836-2001-044-03-00-9 RO(RO - 9067/02, Terceira Turma, Publicação: 05/10/2002, Divulgação: DJMG . Página 6, Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr, acesso em 31/10/2012); "RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV . PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico nacional e internacional (CF, art. 1º, III e IV, e Lei nº 9.029/95; Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho) contempla regras que vedam práticas discriminatórias para efeitos admissionais e de manutenção da relação jurídica de trabalho. 2. Em consonância com tal regramento, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é firme no sentido de que, ciente de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório, e arbitrário, o exercício do direito potestativo de dispensa pelo empregador, salvo na hipótese de resolução motivada do contrato de trabalho. 3. No caso presente, evidenciado que o empregador abusou de seu direito ao despedir empregado acometido de doença grave, anula-se o ato e determina-se a reintegração do reclamante no emprego, permitindo-lhe manter condições dignas de sobrevivência pessoal e familiar, ao mesmo tempo em que se desestimula a despedida motivada apenas pelo preconceito, e não por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro" (BRASIL Processo: RR - 281540-92.2005.5.02.0014 Data de Julgamento: 19/09/2012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/09/2012.

4 Convenção nº 111 da OIT: base da jurisprudência brasileira sobre tratamento discriminatório ao trabalhador soropositivo

A Convenção 111 da OIT trata da "Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação". Das 183 convenções da OIT que existiam até o ano de 2001, essa foi considerada como pertencente à categoria das convenções fundamentais, somente outras sete alcançaram o mesmo patamar.[395]

Segundo Alice Monteiro de Barros, a norma internacional ora em comento tem inspiração na Declaração da Filadélfia e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essas declarações consagram o princípio da igualdade de liberdades e direitos entre todos os seres humanos[396]. Assim sendo, a Convenção 111 vai muito além de ser uma norma apenas trabalhista, pois seu conteúdo consagra direitos humanos.

No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo de 24/11/1964, ratificado em 26/11/2965, sendo que entrou em vigência apenas em 26/11/1966.[397]

De acordo com a classificação adotada pelo STF[398], tal convenção tem status de norma supra legal - está abaixo da Constituição, mas acima de qualquer outra lei - no direito brasileiro, pois é tratado internacional que versa sobre direitos humanos ratificado antes da emenda constitucional 45/2004[399].

A referida convenção traz conceito de discriminação bastante parecido com o já analisado:

> a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento

---

395 MOUTINHO, Lídia Clément Figueira. Discriminação Preconceito e Estigma do Empregado Acidentado**:** análise dos mecanismos jurídicos de defesa do trabalhador em face da empresa. Curitiba. 2010. Dissertação de Mestrado. p. 113. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Meus%20documentos/Downloads/UNICURITIBA_-_LIDIA_CL%C3%88MENT_FIGUEIRA_MOUTINHO_-_disserta%C3%A7%C3%A3%C2%BF.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

396 BARROS, op. cit., p 1151

397 SÛSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. SP: LTr, 1994, p. 243.

398 DELGADO, 2010. p. 153.

399 A partir dessa emenda que incluiu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da CF, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e sejam aprovados com o quorum específico serão equivalentes às emendas constitucionais.

> em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.[400].

Além de excepcionar algumas práticas como não discriminatórias - por exemplo, "medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho",[401] a Convenção prevê que os Estados devem atuar de forma a revogar todo tipo de lei ou prática administrativa com cunho discriminatório.

A Convenção nº 111 da OIT também possui conceitos amplos e abertos, não só na parte em que define discriminação, mas também no texto como um todo. Isso deixa espaço tanto para a atuação do legislador interno como para o julgador quando se depara com um caso em que vislumbre possível a sua aplicação.

Apesar de não prever de forma expressa a exclusão do soropositivo como forma de discriminação, interpretação extensiva nesse sentido é possível, diante da vagueza semântica de seus dispositivos. Vislumbra Alice Monteiro de Barros, ao cotejar a definição de discriminação pela Convenção 111 com a margem de liberdade ao intérprete típica dessa espécie de norma, que dentre essas 'outras formas de discriminação' pode-se incluir o estado de saúde do soropositivo.[402]

Observa a Barros que a função das normas internacionais que dispõe sobre direitos humanos é o de integrar seus valores à realidade.[403]

É que a convenção em comento foi criada em 1958, época em que a AIDS ainda era desconhecida, de forma que era impossível que o texto trouxesse de expressamente a exclusão do portador de HIV como forma de discriminação. Porém, a larga margem interpretativa deixada pelo diploma internacional dá possibilidade de exegese nesse sentido, conforme explanou a festejada professora.

A jurisprudência trabalhista brasileira admite amplamente a Convenção nº 111 da OIT como fundamento para coibir a dispensa discriminatória do trabalhador soropositivo.[404]

---

400 Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/472>. Acesso em: 23 nov. 2011

401 Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/472>. Acesso em: 23 nov. 2011

402 BARROS, op. cit., p. 1205.

403 BARROS, op. cit., p. 1205.

404 "MANDADO DE SEGURANÇA - REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO - PORTADOR DO VÍRUS HIV - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - Presume-se discriminatória a despedida sem justa causa de empregado

5 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DA DISPENSA DO EMPREGADO SOROPOSITIVO

Existe grande dificuldade tratar de dispensa discriminatória no Brasil, ante o entendimento dominante de que a dispensa sem justa causa do empregado é direito potestativo do empregador, de forma que não necessita qualquer motivação.

Não havendo necessidade de se motivar a dispensa sem justa causa do empregado, o controle sobre a discriminação do trabalhador soropositivo, em tese, torna-se impossível ou muito difícil.

Haveria, nesse contexto, um ônus do trabalhador provar que o ato da dispensa teve motivação discriminatória, ou seja, de que o empregador agira com culpa. Esse entendimento decorre da aplicação dos arts. 818[405] da CLT e 333, I,[406] do CPC, segundo os quais é ônus do autor da ação processual a prova de fato que fundamenta o direito postulado. Trata-se da teoria clássica do ônus da prova, também conhecida como teoria estática do ônus da prova[407]. Seguindo-se essa teoria, se o trabalhador alegou que foi discriminado, deve ele produzir prova nesse sentido. Parte da jurisprudência dos tribunais regionais do trabalho acolheu essa orientação.[408]

---

portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Existem dispositivos legais e constitucionais, que, por uma interpretação sistemática, asseguram o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela de reintegração ao emprego, tais como os artigos 1º (II, III e IV), 5º (X e XLI), 6º, 170 (III) e 193 da Constituição Federal, bem como o Decreto nº 62150/1968, que introduziu em nosso ordenamento a Convenção nº 111 da OIT (concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão). Irreparável, assim, a decisão de primeiro grau que, com base nas provas documentais juntadas na reclamatória trabalhista, considerou presentes os requisitos exigidos no art. 273 do CPC para a concessão antecipada dos efeitos da tutela de mérito. O periculum in mora, por sua vez, resta caracterizado pelo simples fato de que o reclamante sofreu supressão de sua fonte de renda, por um ato presumivelmente discriminatório, o que, com certeza, compromete a sua própria subsistência com dignidade (artigo 1º, III, da CF). Mandado de segurança, que busca afastar a reintegração, que se rejeita.(PARANÁ, TRT-PR-00540-2010-909-09-00-5-ACO-39658-2010 - SEÇÃO ESPECIALIZADA Relator: LUIZ DUARDO GUNTHER Publicado no DEJT em 07-12-2010, www.trt9.jus.br, acesso em 2/11/2012).

405 "Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

406 "Art. 333 - O ônus da prova incumbe: "ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

407 CHEHAB, Gustavo Carvalho. *O Princípio da Não-Discriminação e o Ônus da Prova***.** Disponível em:<http://www3.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_76/Rev_76_3/art2_gustavochehab.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2012.

408 "EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. A contaminação pelo vírus HIV e a doença AIDS dela decorrente, como é sabido tem causado grande impacto na humanidade, e os portadores desta enfermidade sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldades muitas vezes até para sobreviver. Entretanto, quando o empregado alega discriminação pelo seu estado de saúde por parte do empregador, deve fazer a competente

Trata-se, evidentemente, de "prova diabólica", ou seja, daquela impossível de ser produzida. Com efeito, em um contexto de que a dispensa sem justa causa do empregado, sem motivação, é lícita, a demonstração de que a motivação da rescisão contratual foi ato discriminatório é praticamente inviável, equivalente a inexistência do direito. Suporia investigação sobre a intenção do empregador no momento da dispensa, o que implicaria análise subjetiva e inviável.

A partir da ideia de que a distribuição do ônus da prova, conforme a teoria estática, quando absolutamente inviável, equivaleria à própria inexistência do direito, desenvolveu-se a teoria da aptidão para a prova.

De acordo com essa teoria, a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que tem acesso a ela, quando inacessível a parte contrária.

A jurisprudência do TST acolheu essa teoria, mormente no tocante aos casos envolvendo dispensa de trabalhador soropositivo.

Há duas questões que devem ser enfrentadas.

A primeira, a prova da ciência da doença do empregado à época da dispensa.

A segunda, a inexistência de fato desvinculado da doença, motivador da despedida.

Inicialmente, deve o empregador comprovar que não tinha ciência da doença do empregado, visto que se, à época da dispensa, soubesse desse fato, presume-se que a mesma teve motivação discriminatória.[409] Essa prova deverá ser direcionada no sentido de que pelas circunstâncias relacionadas ao desenvolvimento do contrato de trabalho, seria absolutamente impossível ao empregador saber até a rescisão do contrato de trabalho que o empregado era portador do vírus HIV. A menor possibilidade de se presumir que o empregador sabia desse fato, presume-se discriminatória a despedida.

---

prova" (PARANÁ. TRT-PR-00307-2005-071-09-00-1-ACO-30569-2005 - 1A. TURMA Relator: CLAUDIA CRISTINA PEREIRA PINTO DE ALMEIDA Publicado no DJPR em 25-11-2005, acesso em 31/10/2012).

[409] "EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação - lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido" (BRASIL, TST- RR - 104900-64.2002.5.04.0022 Data de Julgamento: 03/08/2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011).

Não conseguindo provar o desconhecimento da doença do empregado, o empregador ainda poderá comprovar que a motivação da dispensa decorreu de fato não vinculado a doença, tal como necessidade de redução de pessoal por questões econômicas ou financeiras. É importante enfatizar que o baixo rendimento do empregado, quando relacionado a doença, não é motivação lícita para a dispensa do empregado, exatamente porque, vinculado a doença possui, portanto, razão discriminatória.[410]

O fundamento dessa interpretação está, reitere-se, de que se a prova incumbisse ao empregado soropositivo, inviabilizaria o combate a discriminação, já que não conseguiria comprová-la, por não dispor de meios para este fim.

A teoria dinâmica do ônus da prova viabiliza juridicamente essa corrente de pensamento. Para essa teoria, "a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode".[411] Os defensores de tal teoria ressaltam que sua aplicação é para casos que fogem da normalidade, para os quais a aplicação da teoria clássica atentaria contra princípios basilares do direito processual e do próprio Estado de Direito, tais como o acesso à justiça e a paridade entre as partes.

Além da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, há a possibilidade de inverter o *onus probandi* com fulcro no artigo 335 o CPC, que dispõe: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece..." [412].

Partindo-se dos conceitos de discriminação, preconceito e estigma, cabe analisar por que, segundo corrente jurisprudencial e doutrinária, pode haver inversão do ônus da prova quando um empregado soropositivo é despedido sem justa causa com base na teoria dinâmica da distribuição probatória e no artigo 335 do CPC

Imagine-se um empresário que tenha preconceito contra portadores de HIV e descubra empregado nessa situação, dispensando-o sem justa causa. Conforme já analisado, o sistema trabalhista brasileiro não exige motivação para tal dispensa. Nesse exemplo, a única forma de provar que a dispensa foi

---

[410] Nesse sentido: "Reintegração - portador do vírus HIV - despedida discriminatória - sonolência - desídia. Discriminatória é a despedida de empregado portador do vírus HIV, cuja sonolência em serviço era efeito dos remédios que tomava. Argumento de "desídia" por quem é empregador e conhece dos fatos só revela alto grau interior de incompreensão e insensibilidade que, na prática, ao invés de justificar, só agrava a discriminação. Direito à reintegração reconhecido".(PARANÁ, TRT-PR-00466-2003-322-09-00-9-ACO-06547-2005, Rel.Márcio D. Gapski, Pub. DJPR em 15-03-2005, acesso em 31/10/2012).

[411] CAMBI, 2009 *apud* CHEHAB, 2010.

[412] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm.> Acesso em: 26 fev 2012.

discriminatória, seria provar o preconceito do empresário. O problema é que o preconceito é fenômeno psicológico, quer dizer, o empregado teria que provar o pensamento de seu ex-patrão ao despedi-lo. Dessa forma, segundo corrente doutrinária e jurisprudencial, o juiz deveria inverter o ônus da prova, pois - além do empregado não ter condições de produzi-la (teoria dinâmica da distribuição probatória) - o caso traz peculiar situação concreta, para a qual o ordenamento jurídico ainda não oferece regras próprias (artigo 335 CPC).

Contudo, a aplicação do artigo 335 do CPC significa apenas que o magistrado deve valer-se das "regras de experiência do que ordinariamente acontece" para sentenciar o caso, já a inversão do ônus probatório depende de algo mais. Essa algo mais é concluir que a dispensa discriminatória do empregado que está naquela situação (portador de HIV) é algo ordinário, face o estigma que o assola.

Caso se admita a inversão do ônus da prova, necessário se faz também tratar, mais uma vez de forma sucinta, sobre o momento em que deve-se lançar mão de tal recurso.

Sustenta Kazuo Watanabe que, por se tratar de regra de julgamento, o juiz só deve fazê-lo depois da instrução do feito, pois "dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível". [413]

Entretanto, há resistência a essa corrente. É que para outra parte da doutrina, a parte deve ser previamente alertada a respeito da inversão, para que não seja "pega de surpresa", sob pena de se atentar contra "os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, em última análise, o devido processo legal". [414] É que - apesar de ser de se esperar que os litigantes sempre ajam tentando comprovar da maneira mais concreta e contundente possível suas alegações - a princípio, a parte espera que o julgador siga a regra geral do ônus da prova proposta pelo artigo 333 do CPC, de forma que acaba por não se empenhar (pelo menos não tanto quanto se empenharia se soubesse de antemão a respeito da inversão probatória) para provar a falsidade da alegação do autor, pois caberia ao reclamante demonstrar a veracidade do alegado.

Por fim, interessante ressaltar que a corrente que defende a inversão do ônus da prova é, hoje, a dominante no TST. O efeito da inversão, especialmente quando se dá em sede de instância extraordinária, é a reintegração do trabalhador.

---

413 *Apud* SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no Processo de trabalho**.** Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18561/O_%D4nus_da_Prova_e_sua_Invers%E3o.pdf?sequence=2>. Acesso em: 26 fev. 2012.

414 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **O ônus da prova e sua inversão no Processo de trabalho.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18561/O_%D4nus_da_Prova_e_sua_Invers%E3o.pdf?sequence=2>. Acesso em: 26 fev. 2012.

Ou seja, além de retornar ao emprego, recebe toda remuneração do período em que ficou afastado em razão da atitude discriminatória. Em outros casos, porém, nos quais a reintegração é desaconselhável (em função de uma animosidade entre as partes, por exemplo), o obreiro apenas recebe as verbas devidas, sem, contudo, voltar ao antigo labor.

Quanto ao momento da inversão do ônus da prova, nas decisões proferidas pelo TST, tem-se visto que o entendimento do Tribunal é no sentido de que se deve ocorrer no momento da decisão final. Tal entendimento é implícito. É que apesar de não se manifestar expressamente a respeito, quando decidem pela inversão do *onus probandi* os julgadores acabam por reintegrar o trabalhador na mesma decisão na qual houve a inversão.

Conclusão

O preconceito é característica inerente ao ser humano, por conseguinte, a discriminação também. No contexto da relação de emprego, cuja característica principal é a subordinação - que não é somente jurídica, mas também econômica, já que o trabalhador depende do salário para o sustento próprio e da família - há terreno fértil para que o preconceito se manifeste em atos discriminatórios.

O sistema trabalhista pátrio, no qual é permitido que o empregador dispense de forma imotivada, agrava ainda mais a situação. Inegavelmente, o tomador de serviços muitas vezes usa dessa prerrogativa para dispensar em razão de fatos proibidos pelo direito. Prova disso é que o trabalhador dificilmente reivindica seus direitos no curso da relação de emprego[415], o que faz com que a Justiça do Trabalho seja, lamentavelmente, chamada "a justiça dos desempregados".

Nesse contexto, a aplicação da Convenção 158 da OIT, segundo a qual toda dispensa deve ser motivada, seria de grande utilidade, pois o empregador teria que expor o motivo da dispensa, dificultando a despedida discriminatória. É de se ressaltar que referido Tratado não institui "estabilidade geral". Pelo contrário, as dispensas fora dos casos previstos em lei (motivos de ordem econômica, por exemplo) seriam plenamente possíveis, bastando que esses motivos fossem expostos. Lamentavelmente, a Convenção 158 da OIT ainda não vige no Brasil.

Quanto aos efeitos gerados pela dispensa discriminatória do empregado soropositivo, não há dúvidas que são negativos, tais como exclusão social, sobrecarga econômica da sociedade, especialmente por meio da previdência social, perda de investimentos no trabalhador soropositivo, tanto por parte da empresa como por parte do Estado.

---

415 TST: Vantuil acredita que medo do desemprego explica redução de ações. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/5413>. Acesso em: 08 abr. 2012.

Na esfera jurídica, há certa discussão a respeito da possibilidade de proteção diferenciada para os trabalhadores que vivem com HIV. Há quem defenda que em não havendo lei especifica para tanto, tal atitude comprometeria a segurança jurídica.

No entanto, a Lei nº 9.029/95, por disciplinar hipóteses de discriminação ao acesso e manutenção do emprego, pode ser aplicada por analogia ao caso da dispensa discriminatória do trabalhador soropositivo, conforme reconhecido na jurisprudência brasileira.

Mesmo que assim não fosse, apesar de não haver lei específica, a proteção especial ao soropositivo se coaduna com as previsões constitucionais (princípios da igualdade e da não-discriminação) e com a Convenção 111 da OIT que trata da discriminação do trabalhador.

Percebe-se que, mesmo admitindo como regra geral a dispensa imotivada, o ordenamento jurídico nacional repele o uso desse instituto como forma de exclusão.

Nesse diapasão, a inversão do ônus probatório serve para dar efetividade ao direito de não-discriminação do trabalhador. É que a prova da discriminação é muito difícil de ser produzida, é a chamada prova diabólica. Ou seja, a não inversão probatória, nesse caso, equivale à negação do próprio direito a não-discriminação.

Outra situação que pesa a favor da presunção relativa de discriminação quando o soropositivo é dispensado refere-se ao fato do portador de HIV ser estigmatizado, ou seja, faz parte de um grupo que é freqüentemente discriminado pela sociedade ("doença de homossexuais e prostitutas"). Tal quadro revela forte indício de que a dispensa do soropositivo, em regra, é discriminatória.

Não bastasse, o empregador tem melhores condições de provar situações atinentes à relação de trabalho, visto que detém o poder diretivo da atividade.

Além disso, é a melhor maneira de harmonizar o direito à livre iniciativa com o direito à igualdade, pois o empregador poderá dispensar o trabalhador, bastando que, quando se tratar de empregado soropositivo, motive o ato. Por outro lado, o direito do empregado à igualdade e não-discriminação será respeitado, já que só poderá ser despedido quando o tomador de serviços demonstrar que a rescisão contratual não é baseada no preconceito.

Portanto, o efeito jurídico da dispensa discriminatória do empregado soropositivo não pode ser outro que não a reintegração do trabalhador. Sendo do tomador de serviços o ônus do provar que a despedida se deu por outro motivo. Nesse sentido, é a jurisprudência dominante no TST. Tal efeito jurídico, além de perfeitamente consoante com a legislação pátria serve também para impedir os já mencionados danos socioeconômicos, que atingem não somente o empregado, mas toda a sociedade

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução.* 4ª ed. SP: Renovar, 2002.

BACILA, Carlos Roberto**.** *Estigmas. Um estudo sobre os Preconceitos.* 2. ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

BARACAT, Eduardo Milléo; RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. *HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho: Aplicação da Recomendação nº 200 da OIT no Brasil*. Disponível em <http://eduardobaracat.blogspot.com/p/artigos-doutrinarios-publicados.html>. Acesso em: 09 set. 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* 6. ed.. São Paulo: LTr, 2010

BEHAME, Maria. *A Convenção 158 da OIT - proteção? Breve análise*. Disponível em: <http://www.benhame.adv.br/informacoes_artigos.asp?35>. Acesso em: 22 de nov. de 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* Parte Geral 1. 13.ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

Boletim epidemiológico AIDS DST. Ano VII nº 01. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2010/45974/vers_o_final_15923.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002.

CASTANHA, Alessandra Ramos et al. *Aspectos psicossociais da vivência da soropositividade ao HIV nos dias atuais.* Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/viewFile/1411/1110.> Acesso em: 31 de jan de 2012.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *O Princípio da Não-Discriminação e o Ônus da Prova.* Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_76/Rev_76_3/art2_gustavochehab.pdf>. Acesso em 19 de fev de 2012.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água.* Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4420/a-igreja-catolica-e-os-homossexuais>. Acesso em: 04 set. 2011.

Considerações sobre os projectos de reconhecimento legal das uniões entre as pessoas homossexuais. Disponível em <http://coracaosacerdotal.wordpress.com/2011/10/04/consideracoes-sobre-os-projetos-de-reconhecimento-legal-das-unioes-entre-pessoas-homossexuais/>. Acesso em: 02 nov. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direto do Trabalho.* 10. ed. São Paulo. LTr, 2011.

FILADELFIA. Direção de Jonathan Demme. Distribuidora Sony Pictures. Estados Unidos da América. 1993. 1 DVD (125 minutos).

FERREIRA, RCM, Figueiredo, MAC. *Reinserção no mercado de trabalho. Barreiras e silêncio no enfrentamento da exclusão por pessoas com HIV/AIDS*. Medicina (Ribeirão Preto) 2006; 39(4): 591-600. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141373722008000400020&script=sci_arttext>. Acesso em: 08 abr. 2012.

GARRIDO, Pedro B. et al. *AIDS, estigma e desemprego: implicações para o serviço de saúde*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102007000900012>. Acesso em 10 de fev de 2012.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Preconceitos e Discriminação nas relações de Trabalho*. Disponível em: <www.prt18.mpt.gov.br>. Acesso em 27 de jan. de 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la igualdad*. 2ª ed. Dykinson: Madrid, 2007.

MENDES, Marco Antonio Miranda. Proteção Jurídica Contra a Discriminação do Empregado com AIDS. *Revista Síntese Trabalhista*. Disponível em <http://www.amatra.com.br/artigos/index.php?&cat=2&cat=2&id=72>. Acesso em 2 de nov de 2011.

MOUTINHO, Lídia Clément Figueira. *Discriminação Preconceito e Estigma do Empregado Acidentado: análise dos mecanismos jurídicos de defesa do trabalhador em face da empresa*. Curitiba. 2010. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Meus%20documentos/Downloads/UNICURITIBA_-_LIDIA_CL%C3%88MENT_FIGUEIRA_MOUTINHO_-_disserta%C3%A7%C3%A3%C2%BF.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org>. Acesso em: 08 abr. 2012.

PAVELSKI, Ana Paula. *Os Direitos da Personalidade do Empregado. Em Face do Exercício Abusivo do Poder Diretivo do Empregador.* Curitiba. Juruá, 2009

SEHIL, Lucy Lopes de. *A ruptura do Contrato de Trabalho e as práticas Discriminatórias.* Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_dlls_01.asp>. Acesso em 07 mar. 2012.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *O ônus da prova e sua inversão no Processo de trabalho.* Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18561/O_%D4nus_da_Prova_e_sua_Invers%E3o.pdf?sequence=2>. Acesso em: 26 de fev. de 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Proteção Contra Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção 158 da OIT.* Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%C3%A7%C3%A3o_Contra_a_Dispensa_Arbitr%C3%A1ria.pdf?sequence=2>. Acesso em: 22 nov. de 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** São Paulo: LTr. 1993.

TRABALHADOR SOROPOSITIVO E PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA: A SÚMULA Nº 443 DO TST

Luiz Eduardo Gunther
Eduardo Milléo Baracat

Sumário 1 introdução; 2 posicionamento da oit sobre hiv/aids e o mundo do trabalho; 3 discriminações aos empregados portadores do vírus hiv e suas consequências jurídicas; 4 a questão tormentosa do ônus da prova: o empregado deve-pode provar que sua despedida foi discriminatória? 5 Sentidos do vocábulo presunção e sua aplicabilidade pelo judiciário trabalhista; 6 considerações finais; 6 referências.

Resumo: Em que pese o esforço dos organismos internacionais, sobretudo da Organização Internacional do Trabalho, no sentido de criar mecanismos para que os Estados-membros desenvolvam instrumentos jurídicos para o combate a discriminação do trabalhador soropositivo, existem enormes dificuldades de tornar efetivas esses mecanismos. A inversão do ônus da prova no processo do trabalho é uma das formas de se concretizar a Recomendação nº 200 e a Convenção nº 111 da OIT.

Palavras-chave: Convenção nº 111 da OIT, ônus da prova, despedida, discriminação.

1 Introdução

Muito oportuna a transformação em Súmula do entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho sobre o complexo problema da dispensa do empregado portador do vírus HIV.

Para análise desse tema torna-se indispensável recorrer ao manancial extraordinário de documentos jurídicos produzidos pela Organização Internacional do Trabalho ao longo de sua quase centenária história.

A jurisprudência brasileira, agora sinalizada pela Súmula nº 443 do TST, deve encaminhar-se para orientação em um mesmo sentido, presumindo discriminatória a dispensa do portador do vírus HIV.

Este trabalho tem por objetivo explicitar o itinerário do debate até a edição da Súmula e apresentar algumas reflexões sobre a aplicação prática desse entendimento, agora cristalizado pelo Tribunal Superior.

2 Posicionamento da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho

Criada em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, pela Parte XIII do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho consolidou-se neste século como o organismo internacional mais importante no que diz respeito ao mundo do trabalho. As Convenções nº. 111 e 159 e a Recomendação nº 200 são mencionadas para verificação do problema HIV/AIDS e suas soluções. Também se analisa o Repertório de Prática sobre HIV/AIDS e suas questões principiológicas.

Duas diferenças substanciais entre Convenções e Recomendações podem ser, desde logo, anunciadas: a Convenção constitui uma forma de tratado internacional, a Recomendação não; a Convenção pode ser objeto de ratificação pelo correspondente Estado-Membro, o que, logicamente, não pode ocorrer com uma Recomendação[416].

O valor da Recomendação, muitas vezes, é intrínseco, quando as normas possuem um caráter técnico detalhado. Isso pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto, a possibilidade de se implementarem adaptações conforme as necessidades dos países[417].

A diferença considerada mais importante, no entanto, entre Recomendações e Convenções delineia-se no aspecto relativo à eficácia. Isso

[416] GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

[417] VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

quer dizer que uma Recomendação não pode (ao contrário da Convenção) ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejam para lhes dar o efeito que julguem oportuno[418].

A Organização Internacional do Trabalho na 99ª Reunião de sua Conferência anual, realizada em junho de 2010, aprovou a Recomendação nº 200, que trata do vírus HIV e da AIDS. Essa Recomendação considera HIV, o Vírus da Imunodeficiência Humana que danifica o sistema imunológico humano, ressaltando que a infecção pode ser prevenida por medidas adequadas. Quanto à palavra AIDS[419], designa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, resultante dos estágios avançados da infecção pelo HIV, caracterizando-se por infecções oportunistas ou cânceres relacionados com o HIV[420].

Para a Recomendação 200 da OIT, pessoa que vive com o HIV significa pessoa infectada pelo HIV. Nesse documento, o vocábulo discriminação exprime qualquer distinção, exclusão ou preferência que resulte em anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação, como referido na Convenção e Recomendação sobre a Discriminação no Emprego e na Ocupação, de 1958. A palavra estigma relaciona-se à marca social ligada a uma pessoa, que causa marginalização ou significa obstáculo ao inteiro gozo da vida social pela pessoa infectada ou afetada pelo HIV[421].

Dentre os princípios gerais mais importantes previstos na Recomendação 200, destacam-se aqueles relacionados à garantia dos direitos humanos, ao local de trabalho, à proibição de discriminação e estigmatização, à prevenção e ao tratamento e proteção à privacidade. Quanto ao primeiro princípio, a resposta ao HIV e à AIDS deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive os trabalhadores, suas famílias e dependentes. Em relação ao segundo, HIV e AIDS são reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores ou trabalhadores. No tocante ao terceiro, vedam-se discriminação e estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV. Quanto ao quarto

[418] Idem.

[419] Iniciais em inglês da expressão: *Acquired Immune Deficiency Syndrome.*

[420] RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

[421] Idem.

princípio, reconhece-se o acesso dos trabalhadores, suas famílias e dependentes a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à AIDS, deles se beneficiando, e o local de trabalho deve contribuir para facilitar esse acesso. No que concerne ao quinto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção à sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a AIDS, em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV; e também nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sorológica[422].

Um aspecto essencial no combate ao preconceito, à discriminação e ao estigma liga-se às medidas de sensibilização, que devem acontecer especialmente no âmbito empresarial. Recomenda-se que essas medidas enfatizem que o HIV não é transmitido por simples contato físico e que "a presença de uma pessoa que vive com o HIV não deve ser considerada ameaça no local de trabalho"[423].

Há que se ter em mira, sem dúvida, medidas práticas de apoio à mudança de comportamento, dentre as quais avultam educação sensível, diagnóstico e tratamento precoces e estratégias de suplementação de renda no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras. Assim, os trabalhadores devem receber educação sensível, precisa e atualizada sobre estratégias de redução de risco e, se possível, receber preservativos masculinos e femininos. Busca-se facilitar o diagnóstico e tratamento precoces de DSTs e da tuberculose, bem como programas de agulhas esterilizadas e de troca de seringas, ou dar informações sobre os lugares onde esses serviços possam ser prestados. Finalmente, no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras, a educação deve incluir estratégias de suplementação de renda, por exemplo, oferecendo informações sobre atividades geradoras de renda, benefícios fiscais e subsídio salarial[424].

Além da Recomendação nº 200, a OIT elaborou um Repertório de Recomendações Práticas sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Nesse documento registra-se que o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, "não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia"[425].

---

[422] **Ibidem**, p. 13-15.

[423] **Ibidem**, p. 28.

[424] REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. p. 62.

[425] BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito**. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 173.

Esse conjunto de boas práticas estabelece diretrizes para lidar com a epidemia de HIV/AIDS no mundo do trabalho e no contexto da promoção do trabalho decente. Desse modo, o Repertório prevê princípios-chave que são especialmente apropriados para "combater a discriminação baseada na situação relativa ao HIV", dentre os quais avultam os seguintes: reconhecimento do HIV/AIDS como questão que diz respeito ao local de trabalho; não-discriminação; igualdade de gênero; ambiente de trabalho saudável; diálogo social; detecção para fins de exclusão do emprego e do trabalho; confidencialidade; continuação da relação de emprego; prevenção; cuidado e apoio[426].

No que concerne ao primeiro princípio, o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia. Relativamente ao segundo, os trabalhadores não sofrerão discriminação ou estigmatização baseada na sua situação real ou percebida relativa ao HIV. No que diz respeito ao terceiro princípio-chave, as relações de gênero mais igualitárias e o emponderamento da mulher são vitais para evitar a disseminação da infecção por HIV e permitir que as mulheres lidem com o HIV/AIDS. O quarto princípio-chave estipula que o ambiente de trabalho será saudável e seguro, adaptado ao estado de saúde e capacidades dos trabalhadores. O quinto, estipula a necessidade de haver cooperação e confiança entre empregadores, trabalhadores e governo no intuito de assegurar a bem-sucedida implementação das políticas e programas relativos ao HIV e a AIDS. Relativamente ao sexto, não será exigido teste de HIV/AIDS de candidatos a emprego ou pessoas empregadas. Quanto ao sétimo, o acesso a dados pessoais relacionados com a situação dos trabalhadores em termos de HIV será limitado pelas regras de confidencialidade coerentes com o código de prática da OIT. No que diz respeito ao oitavo princípio, a infecção por HIV não é causa para término da relação trabalhista. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV poderão trabalhar enquanto estiverem aptas para desempenhar funções apropriadas. No que pertine ao nono princípio, os parceiros sociais se encontram em singular condição para promover esforços de prevenção, particularmente em relação à mudança de atitudes e comportamentos por intermédio de informação e educação. Por fim, o décimo princípio-chave enfatiza que a solidariedade, o cuidado e o apoio devem servir de guia à resposta ao HIV/AIDS no local de trabalho. Nesse sentido, todos os trabalhadores têm direito a serviços de saúde ao seu alcance e a benefícios dos programas obrigatórios de seguridade social e dos mecanismos de previdência social[427].

[426] **Ibidem**, p. 173-174.

[427] **Ibidem**, p. 173-174.

As Convenções 111 e 159 da OIT já haviam, em 2004, servido de fundamento para importante decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que reconheceu o direito à reintegração de portador do vírus HIV[428].

Com a análise efetuada, buscou-se traduzir um entendimento analítico de como a OIT compreende o fenômeno HIV/AIDS e as proposições para enfrentá-lo, tal como o fez o julgado referido.

3 Discriminações aos trabalhadores soropositivos: evolução da doutrina e jurisprudência brasileiras

Os trabalhadores que convivem com o problema HIV/AIDS sofrem profunda discriminação.

A doutrina brasileira, em face da ausência de lei específica vedando a dispensa do empregado soropositivo, mostrou-se dividida, sobretudo no que concerne possibilidade da reintegração no emprego.

Para Sérgio Pinto Martins não seria abusivo o ato do empregador que dispensa o empregado doente de AIDS, pois estaria exercendo seu direito constitucional de dispensar o empregado, devendo apenas pagar as verbas rescisórias[429]. No sentir desse doutrinador, a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda atos de discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (art. 1º). Mas não trataria, especificamente, da reintegração de empregado em

[428] REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunica a rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Da mesma forma, atende-se à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, que contém o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente, para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego (PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. P. 327-328, www.trt9.jus.br, acesso em 02/12/2012).

[429] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

decorrência de doença, especialmente de AIDS[430].

Para Alice Monteiro de Barros, contudo, embora não haja lei reconhecendo ao trabalhador soropositivo estabilidade provisória, é possível com base na Convenção nº 111 da OIT e em princípios constitucionais, decretar a nulidade da dispensa do trabalhador soropositivo e determinar sua reintegração no emprego.[431]

A análise da temática que envolve os portadores do vírus da AIDS mereceu comentário de Vólia Bomfim Cassar no sentido de que a pedra de toque é a discriminação e não uma suposta estabilidade, "assim, quando o empregador demite um portador do vírus HIV, segundo o TST, ele deve provar (ônus do patrão) que o procedimento não foi discriminatório"[432]. Na opinião da autora, seria possível "a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças"[433].

A Diretora do Departamento de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Cleopatra Doumbia-Henry, asseverou que "as pessoas devem usar os direitos que têm para se proteger, como não contar (ao empregador) que tem AIDS"[434]. Segundo a Diretora da OIT mencionada, o objetivo é "lidar com o estigma, lutar contra ele. Esse estigma está na sociedade e até no governo. É preciso mudar o pensamento, mudar a mente". Em sua ótica, quem decide falar sobre o assunto contribui para a mudança. O problema da discriminação tem aparecido com frequência porque o silêncio está acabando: "a AIDS é uma doença qualquer e não deve ser usada para discriminar qualquer pessoa"[435].

Em dissertação que apresentou ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Fábio Luiz de Queiroz Telles assinala que as hipóteses mais enfrentadas pelo Judiciário, sobre esse tema, dizem respeito "à análise de ser nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser portador do HIV e que determinam a reintegração ao emprego". Outra hipótese vincula-se à vedação de dispensa do empregado soropositivo, por considerá-la obstativa do direito "de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando a reintegração

---

[430] **Ibidem**, p. 444.

[431] AIDS NO LOCAL DE TRABALHO UM ENFOQUE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO. www.apej.com.br/artigos_doutrina_amb_01.asp, acesso em 4/12/2012).

[432] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357.

[433] **Idem, ibidem**. p. 357.

[434] SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação nacional, p. 30.06.2011.

[435] **Idem**.

do empregado às suas funções"[436]. Torna-se indispensável, como raciocínio jurídico, atentando-se ao princípio da dignidade humana, considerar que "a AIDS não pode ser vista como um flagelo, um castigo divino devido à iniquidade humana". Por isso, os Tribunais do Trabalho, "ao inibir o preconceito e a discriminação, anulando as dispensas arbitrárias e sem justa causa", direcionam para a população um entendimento de que a AIDS não é um mito, "mas uma doença como qualquer outra e que apesar de a medicina não ter encontrado a cura até então, não transforma seus portadores em párias e nem os condena imediatamente à morte"[437]. Nesse sentido humano da compreensão do problema HIV/AIDS, verifica-se que "o portador de HIV tem toda capacidade de desenvolver projetos e realizar suas funções como qualquer outro trabalhador". Por isso, não se pode admitir o afastamento das funções e do trabalho, "pois mantê-lo trabalhando pode favorecer no tratamento, podendo significar-lhe a vida". Para o soropositivo, o trabalho representa não só o estímulo para continuar lutando contra o vírus, "como também representa o único meio de sobrevivência e custeio para adquirir medicamentos necessários para o tratamento e manutenção diária de sua carga viral"[438].

A jurisprudência, apesar de alguns percalços, mostra-se menos vacilante em relação a essa questão.

No Paraná, em 17/06/1994, a Juíza Titular da 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, Marlene T. Fuverki Suguimatsu, prolatou sentença reconhecendo ilícita a dispensa do trabalhador soropositivo. A sentença foi reformada pelo Tribunal do Trabalho do Paraná em julgamento ocorrido em 1995, sob o fundamento de que não encontrava respaldo na legislação vigente, que as hipóteses de estabilidade provisória eram unicamente aquelas previstas em lei, que ao se eleger a infecção pelo HIV como justificadora de estabilidade, estar-se-ia discriminando portadores de outras enfermidades tão graves quanto ela; por fim, consideraram que de acordo com o art. 5º da Constituição, e, por fim, que ninguém é obrigado de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e que não havia lei a obrigar o empregador manter o empregado no emprego, nas condições em que se encontrava. Em 1997, em acórdão da lavra do Ministro Valdir Righetto, a Segunda Turma do TST reformando o

[436] TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. p. 90-91.

[437] Ibidem, p. 92.

[438] **Ibidem**, p. 93.

acórdão regional, restabeleceu a sentença.[439]

Embora alguns Tribunais Regionais ainda tenham decidido que o trabalhador soropositivo não merece especial tutela jurídica quando de sua dispensa imotivada, sob o fundamento da ausência de lei[440], a jurisprudência do TST apenas se consolidou.

O Tribunal Superior do Trabalho, em setembro de 2012, sedimentou sua jurisprudência na Súmula nº 443, com o seguinte teor:

> DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.[441]

Já de há muito tempo vinha o TST firmando o entendimento de que "a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso"[442].

Registravam-se nas decisões do TST que "mesmo na ausência de prova de nexo causal", reconhecia-se a presunção de ato discriminatório na dispensa imotivada de empregado soropositivo, "admitindo, contudo, prova em contrário".

Há acórdão paradigma de lavra do Ministro Lélio Bentes Corrêa, que assevera a significativa contribuição da OIT para esse entendimento. De acordo com referida decisão, a jurisprudência do TST encontra-se consentânea com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação

---

439 SUGUIMATSU, Marlente. HIV e AIDS no ambiente laboral: visibilidade, discriminação e tutela jurídica de direitos humanos. *In* BARACAT, Eduardo Milléo (org.), **Tutela jurídica do trabalhador soropositivo**. No prelo.

440 "Reintegração no emprego. Ausência de previsão legal a garantir o emprego ao portador de vírus HIV. Viável a rescisão contratual promovida pelo empregador, que não obstou a concessão de quaisquer direitos trabalhistas à obreira. Sentença ratificada. Indenização por dano moral e material. Hipótese em que não verificada a prática de ato ilícito da empregadora capaz de causar lesão à dignidade pessoal da obreira. Sentença ratificada" (RS, Acórdão do processo 007730076.2001.5.04.0451, RO) Redator: CARLOS CESAR CAIROLI PAPALÉO, Data: 18/09/2002 (www.trt4.jus.br, acesso em 4/12/2012).

441 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012, p. 132-133.

442 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

(ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho[443].

A igualdade de oportunidades e tratamento, para ser garantida, não se basta na proteção jurídica oferecida, mas depende, sempre, da existência de procedimentos judiciais efetivos, "que possam ser invocados pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação". Muitas vezes, as regras de procedimento aplicáveis exigem que o discriminado prove a existência da discriminação, constituindo obstáculo a resolver esses casos. Com o objetivo de superar essas dificuldades, muitos países introduzem regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos. Para alguns sistemas jurídicos, a regra consiste em verificar se o demandante é capaz de provar *prima facie*. Se isso não for possível, o ônus da prova deve ser transferido ao demandado, "que então terá de demonstrar que a diferença de tratamento baseara-se em considerações objetivas não relacionadas com qualquer motivo de discriminação"[444].

Quanto aos instrumentos da OIT que tratam do ônus da prova, tanto a Comissão de Peritos quanto o Comitê de Liberdade Sindical consideram a inversão em casos de discriminação "como uma medida importante para assegurar-se a efetiva proteção contra a discriminação no emprego e na profissão, como requerem as Convenções da OIT sobre igualdade e liberdade sindical"[445].

Nessa área, há quase um consenso de que, na ausência de legislação específica, os Tribunais devem tomar a iniciativa de "inverter o ônus da prova em casos de alegada discriminação no emprego e na profissão"[446].

---

[443] "EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação – lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélio Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011, www.tst.jus.br, acesso em 3/12/2012).

[444] BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito**. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 161.

[445] BEAUDONNET, Xavier, **op. cit**., p. 162.

[446] Ibidem, p. 163.

Consoante referido, a análise do item prendeu-se à compreensão do tema HIV/AIDS pelo Poder Judiciário brasileiro, especificamente na Justiça do Trabalho.

A recente súmula editada pelo TST parece ter solucionado a grave questão do ônus da prova, direcionando-se pela presunção discriminatória da dispensa do empregado portador do vírus HIV, que suscita estigma ou preconceito. Uma vez invalidado o ato da dispensa, naturalmente deve o empregado ser reintegrado ao emprego.

4 A QUESTÃO TORMENTOSA DO ÔNUS DA PROVA: O EMPREGADO DEVE-PODE PROVAR QUE SUA DESPEDIDA FOI DISCRIMINATÓRIA?

Quando se fala em dispensa discriminatória assinala-se a existência entre nós da dispensa injustificada como regra. A célebre expressão "dispensa sem justa causa". Seria a denúncia vazia do contrato de trabalho. Afasta qualquer necessidade de justificativa.

Ocorre, no entanto, muitas vezes, que a aparente dispensa sem motivo encobre uma dispensa discriminatória. Nessa perspectiva formulou a doutrina os conceitos de despedida por discriminação indireta (ou por impacto desproporcional) e de discriminação oculta. A discriminação indireta não afetaria "diretamente o ônus da prova, mas sim a própria estrutura da lesão ao direito, alterando, com isso, os fatos que devem ser provados"[447]. Nessa hipótese, excluir-se-ia a intenção do âmbito de investigação dos fatos relevantes, devendo tomarem-se "os efeitos da conduta". Desse modo, "tampouco cabe ou exime ao empregador provar que não houve discriminação subjetivamente considerada", mas, tem, sim, que "demonstrar que o critério utilizado, apesar dos seus efeitos, é justificável"[448].

No caso das discriminações ocultas, "o motivo proibido e não confessado é realmente o determinante, embora disfarçado sob a capa de uma outra causa". Distinguem-se essas discriminações porque enquanto a oculta pressupõe a intenção, isso não acontece com a indireta[449].

A Convenção nº 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, é clara a respeito do ato discriminatório. Para esse tratado internacional, o vocábulo discriminação compreende (art. 1º, a):

> Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha

[447] WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004. p. 405.

[448] **Idem**.

[449] WANDELLI, L. **Op. cit**., p. 406.

> por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão[450] (os grifos não são do original).

Não é demais recordar que, segundo a doutrina, "exigir-se do empregado que comunique ao empregador o fato de ser portador do vírus HIV, encontra óbice no seu direito fundamental à intimidade, assegurada no art. 5º, X, da CF"[451].

Por outro lado, "exigir-se prova da discriminação ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego"[452].

Tendo em vista a extraordinária dificuldade quanto a prova a ser produzida, e considerando a maior aptidão do empregador para produzi-la, o trabalhador "não precisa produzir prova plena do fato constitutivo, bastando apresentar circunstâncias ou indícios" através dos quais seja possível "presumir a existência do critério ou motivação discriminatória denunciada"[453].

Não se exige, como parece à primeira vista, do empregador, "a produção de uma prova diabólica negativa da motivação do ato", mas, tão-somente, "a comprovação dos critérios e motivações efetivamente presentes, de modo a demonstrar a sua justificação"[454].

Estudando a prova indiciária e a pluricausalidade da dispensa, Antonio Baylos Grau e Joaquín Pérez Rey teorizam duas possibilidades inicialmente. Na primeira hipótese o trabalhador aporta ao processo prova plena da discriminação ou da lesão do direito produzido pela dispensa. Nessa ocorrência, "o mecanismo da prova indiciária não resulta de aplicação, e a única conclusão possível é a nulidade da dispensa". Uma vez comprovada lesão a direito fundamental por meio de ato do empregador, desnecessária qualquer justificativa adicional, criando impedimento para menção a outras causas, pois "só há uma causa e esta é inválida para provocar a ruptura definitiva do contrato de trabalho"[455].

Numa segunda hipótese, entretanto, poderá não estar provada plenamente "a lesão constitucional provocada pela dispensa", existindo "exclusivamente aportes indiciários". Ocorrendo essa situação, "a contraprova empresarial

---

[450] GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 147.

[451] WANDELLI, L. **Op. cit**., p. 415.

[452] BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. (p. 36-76). p. 41.

[453] WANDELLI, L. **Op. cit**., p. 413.

[454] WANDELLI, L. **Op. cit**., p. 413-414.

[455] GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. **A dispensa ou a violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009. p. 118.

pode, teoricamente, discorrer pelos seguintes canais": causa inexistente; causa existente mas insuficiente; causa existente e suficiente. Na primeira das situações, quando a empresa não apresenta prova alguma que justifique a dispensa, deve-se concluir pela nulidade da dispensa. Sendo ausente a prova, vale dizer, insuficiente para justificar a dispensa, outorga-se "validade definitiva aos indícios". Na segunda das situações, verificando os indícios trazidos pelo trabalhador, a empresa "aponta uma prova fiável dos fatos imputados ao trabalhador"; se a prova dos fatos é insuficiente segue "deixando intacta a suspeita que o trabalhador conseguiu criar por meio dos indícios". Na terceira, e última, das situações, "frente aos indícios, a empresa apresenta justificação completa de sua decisão de dispensar", que a faz procedente, desvalorizando os indícios apresentados. Ressalva-se a ocorrência de incapacidade da empresa de "eliminar a suspeita de lesão ao direito fundamental"[456].

De nada adianta ao empresário "provar a existência de fatos alegados como causa de dispensa", seja disciplinar ou objetiva. Deve, sim, estar sempre em condições "de criar no juiz a convicção de que a dispensa é absolutamente estranha a uma conduta relacionada com o exercício de um direito fundamental"[457].

Pondere-se que não se está a tratar de "estabilidade" no emprego. O tema versado é de nulidade por discriminação. Considerada nula a dispensa, a reposição dos fatos ao *status quo ante* implica na reintegração.

Não parece possível, por isso, rescindir o contrato de um empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave. Não bastaria, assim, apenas considerar a dispensa regular e condenar o empregador em danos morais. A consequência do ato discriminatório deve ser a nulidade.

Quando o juiz decide ou se manifesta está sempre valorando os valores. Ao se afirmar que o juiz não deve defender uma das partes, mas, apenas, aplicar o direito, apresenta-se uma opção. Trata-se de opção pelo juiz estático, preso ao mudo dos autos e à letra da lei. É aquele que não vê normatividade nos princípios e nem nas Convenções da OIT, mesmo aquelas já internalizadas em nosso País. Nesse caso, o juiz, ao valorar valores vê na atividade econômica valor mais importante que o da pessoa, sob o fundamento de que "não pode defender uma das partes, mas aplicar o direito".

Não há dúvida, sob essa perspectiva, que ao valorar valores o juiz sempre estará "defendendo" uma das partes. A questão central é saber qual delas.

Exatamente por tudo isso que o ônus da prova, nesse caso, possui outra dimensão. A dimensão do coletivo, mais ampla, e não apenas a dimensão individual, mais restrita. Ao se pensar meramente na dimensão individual (a

[456] **Idem**.

[457] GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. **Op. cit**., p. 114.

mais frequente) conclui-se pela falsa ideia de provar "fato negativo". Em sentido oposto, porém, se pensarmos na dimensão do gênero, da raça ou da orientação sexual, vale dizer, ao coletivo, o ônus não se refere a fato negativo, mas a fato concreto, isto é, se a empresa admite mulheres, negros e homoafetivos.

Nessas situações, em verdade, a prova é feita através de dados estatísticos. Tem muita semelhança ao que acontece relativamente às cotas dos trabalhadores com deficiência.

Não é uma questão fácil de debater. Tudo passa pelo reconhecimento de que nossa sociedade discrimina mulheres, negros e homoafetivos.

Não é possível caminhar para o argumento pessoal de que se conhece empresários que não dispensam negros, homoafetivos, etc. A estatística permite compreender qual é a dimensão do ato discriminatório. Não se pode deixar de lado o relevante trabalho prestado pelo IBGE.

Desse modo passa-se a discutir a ocorrência de discriminação por meio de estatísticas. Do número de desempregados quantos são negros? Mulheres? Homoafetivos?

Não há qualquer dúvida quanto ao poder da jurisprudência trabalhista. Ela pode, inclusive, modificar a política de contratações de grandes empresas, a partir do momento que necessitam provar que não discriminaram, que possuem em seu quadro de empregados mulheres, negros e homoafetivos.

Além dessas possibilidades discriminatórias, a doença, sem dúvida, é um fator de exclusão, não apenas no que diz respeito ao mercado de trabalho, "mas em qualquer relação social, principalmente quando externaliza características que diferenciam o indivíduo do homem padrão"[458].

A sociedade muitas vezes é preconceituosa, "quer se livrar das pessoas doentes, quer vê-las longe do seu convívio, fingindo que elas não existem". Isso também ocorre dentro da empresa. Por isso, antes de ter chance de adaptar-se às suas limitações, ou de se recuperar do susto de estar acometido de uma doença, muitas vezes é "dispensado de suas funções num ato discriminatório para afastar aquela 'mácula' do quadro funcional"[459].

Para que esse preconceito seja erradicado é preciso considerar que vivemos, segundo a Constituição do Brasil (CF/88, artigos 1º, 3º e 4º), em uma República Democrática e Plural, que visa a prevalência dos direitos humanos, dos valores da "dignidade da pessoa humana", da "solidariedade" e da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

---

[458] SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola e SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Da limitação do poder de despedir – aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais**. Revista LTr, Vol. 74, nº 02, fevereiro de 2010. (p. 242-250, p. 247).

[459] Idem.

5 Os sentidos do vocábulo presunção e sua aplicabilidade pelo judiciário trabalhista

Segundo o Código Civil Brasileiro, o fato jurídico pode ser provado, salvo o negócio a que se impõe forma especial, mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia (art. 212). A presunção é "a ilação tirada de um fato conhecido para demonstrar outro desconhecido". É a consequência "que a lei ou o juiz tiram, tendo como ponto de partida o fato conhecido para chegar ao ignorado"[460].

O parágrafo único do art. 8º da CLT dispõe que "o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios deste". Direito comum é "tanto o Direito Civil como o Comercial". As normas desses ramos do Direito são, portanto, "fontes integrativas das lacunas do Direito do Trabalho". Para a aplicação subsidiária torna-se necessária a existência de dois requisitos: que não haja incompatibilidade com o Direito do Trabalho e ocorra omissão da norma trabalhista[461].

A doutrina, no entanto, parece inclinar-se no sentido de considerar que "a presunção não é meio de prova, nem fonte desta". Não se tratando de meio de prova, não seria admissível que a lei regulasse sua aplicabilidade, "pois, sendo um mecanismo da inteligência do Magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar"[462].

Pode-se dizer, contudo, se se quiser salvar a dicção normativa, "que o legislador autorizou expressamente a prova indiciária". É que, em sentido lato, pode-se afirmar "que o indício é um meio de prova, já que a partir dele se elabora a presunção judicial"[463].

As presunções classificam-se em: a) simples, comuns, *de homem* ou *hominis*; e b) legais, que podem ser absolutas, peremptórias ou *iuris et de iure*, ou condicionais, relativas, disputáveis ou *iuris tantum*. As presunções simples resultam do raciocínio do juiz, que as estabelece. Vale dizer, "forma-se na consciência do magistrado: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção". Por sua própria natureza, as presunções simples "valem pelo poder de convicção que infundem ao juiz". As presunções legais, no

---

[460] DINIZ, Maria Helena. Comentário ao artigo 212 do Código Civil Brasileiro. In SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). **Código civil comentado**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 188 e 190.

[461] MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 58 e 60.

[462] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. V. 2. p. 57.

[463] **Idem**.

entanto, resultam do raciocínio do legislador, que as consagra em textos legais. Essas presunções estabelecem como verdade os fatos presumidos, "tornando a sua prova irrelevante". As presunções legais absolutas ou *iuris et de iure* não admitem prova em contrário, ou seja, "a conclusão extraída pela lei é havida como verdade indisputável". As presunções legais relativas ou *iuris tantum* são aquelas "que a lei estabelece como verdade até prova em contrário". Isso que dizer que "o fato é havido como ocorrido até que se prove o contrário"[464].

A presunção, em verdade, está muito mais perto "do raciocínio judicial do que da prova", compreendida essa em sua acepção tradicional de "meio destinado a demonstrar a verdade de um fato". Embora a presunção apoie-se no indício e na prova indiciária, "não existe sem o raciocínio judicial". Desse modo, o raciocínio judicial estaria longe de "poder configurar meio de prova". Quando o juiz raciocina, porém, a partir do fato indiciário, "para chegar a uma conclusão, que é a presunção, também é preciso distinguir raciocínio presuntivo e presunção". Assim, se a presunção é o resultado do raciocínio, "e não o mecanismo que o admite", e nesse está incluído o raciocínio judicial, "esse mecanismo somente pode ser a fonte da presunção, e não a presunção em si mesma"[465].

O conceito de presunção, dessa forma, resulta "do raciocínio formado a partir do indicio e da prova judiciária". Não se pode confundir, entretanto, com "o juízo a respeito da procedência ou da improcedência do pedido". É a presunção um elemento para a formação do juízo, eis que ao lado dela "podem existir outras presunções ou mesmo provas de fatos diretos"[466].

Os elementos básicos da presunção são os fatos, "quer o conhecido, quer o desconhecido, e o nexo causal que se estabelece entre ambos". Geralmente, o juiz busca o conhecimento do próprio fato alegado pelas partes no processo. Entretanto, um dos seus caminhos é o conhecimento direto do próprio evento; diversa forma consiste em chegar ao fato por meio de outra situação conhecida, em típico conhecimento mediato[467].

Na área do Direito do Consumidor observa-se situação parecida. Vale dizer, sendo a prova impossível ou muito difícil ao consumidor, e possível, ou mais fácil, ao fabricante ou fornecedor, "a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo

---

[464] **Ibidem**, p. 59-62.

[465] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102-103.

[466] **Idem**.

[467] PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

com a regra do art. 333 do CPC, incumbiria ao autor". Não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar, na sentença, "a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar". Ressalta-se, contudo, que somente a dificuldade de produção de prova "caracterizada pela peculiar posição do consumidor (ou a hipossuficiência) pode dar base à inversão do ônus da prova na audiência preliminar"[468].

Além das dimensões subjetivas, o princípio da igualdade também possui uma dimensão objetiva, isto é, "vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional"[469].

Coloca-se, assim, em relação a esse princípio, o problema de saber se tem "relevância entre particulares". Relaciona-se essa questão com outro "leque problemático", o da "eficácia dos direitos fundamentais na ordem privada"[470].

Associada ao princípio da não discriminação social, a dimensão objetiva do princípio da igualdade ganha nos últimos anos (final do século XX, início do XXI) novos conteúdos. Nesse sentido coloca-se o problema de saber se "em nome do combate contra doenças transmissíveis (ex. SIDA) ou contagiosas (tuberculose, hepatite) poderão ou não fazer-se testes compulsivos"[471].

Na hipótese de resposta afirmativa, surge a questão de determinar o critério constitucionalmente adequado: "o critério da universalidade ou o critério da seletividade". Segundo J. J. Gomes Canotilho, "só o critério da universalidade garante que um simples teste não se transforme na etapa primeira da discriminação e da violação do princípio da igualdade"[472].

Considera esse doutrinador, em termos práticos, que o teste da AIDS possa e deva ser feito, exemplificativamente, "a todos que deem entrada num hospital, sejam recrutados para as Forças Armadas ou frequentem estabelecimentos de ensino". Naturalmente que, nessa situação, "a identificação dos afetados deve rodear-se das garantias constitucionalmente impostas quanto ao segredo de privacidade e tratamento de dados pessoais"[473].

Ao discorrer sobre o tema do assédio moral (tema muito próximo ao do portador do vírus HIV em suas perspectivas discriminatórias), Alice Monteiro de Barros ressalta a dificuldade da prova. Como a prova de algumas condutas

---

[468] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit**., p. 196-197.

[469] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria geral da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 405.

[470] **Idem**.

[471] **Idem**.

[472] **Idem**.

[473] **Idem**.

configuradoras do assédio moral é muito difícil, incumbiria "à vítima apresentar indícios que levem a uma razoável suspeita, aparência ou presunção da figura em exame". Por seu turno, o demandado "assume o ônus de demonstrar que sua conduta foi razoável, isto é, não atentou contra qualquer direito fundamental"[474].

Segundo essa autora, nessa direção se orienta a recente legislação francesa sobre o tema (art. 122-52 do Código do Trabalho). Revela a experiência, conforme a autora citada, que se não existir a adequada distribuição da carga probatória, "a normativa a respeito da temática não se tornará efetiva e permanecerá no terreno da declaração de boas intenções"[475].

Tendo em vista a dificuldade de quem se diz assediado comprovar o tratamento discriminatório sofrido, o que poderia inviabilizar a efetivação do princípio (da não discriminação), sugere a doutrina a inversão desse ônus (princípio da aptidão para a prova) em Código-Tipo do Direito do Trabalho para a América do Sul[476].

No direito estrangeiro verificamos o sentido do vocábulo *presunção*. O Código Civil italiano considera como presunções "as consequências que a lei ou o juiz deduz de um fato notório, para resolver um fato ignorado" (art. 2.788). O Código Civil português reconhece como presunções "as ilações que a lei ou o julgador tira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido (art. 349)"[477].

Para Sergio Pinto Martins, a presunção não é meio de prova, é uma espécie de raciocínio lógico. Parte-se, na presunção, "de um fato conhecido para outro desconhecido, mediante raciocínio indutivo"[478].

Situação idêntica apresenta-se no direito português, onde se entende que "o encargo da prova cabe à parte que se encontra em melhor situação para a produzir", nesse sentido constituindo "um estímulo para que a prova seja produzida pela parte que mais perfeitamente pode auxiliar a descoberta da verdade"[479].

Explicitando o significado das presunções contidas em Súmulas do TST, Manoel Antonio Teixeira Filho assegura pertencerem "à classe das legais

---

[474] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 743.

[475] Idem.

[476] SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. In PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 1996. p. 184. (p. 182-198) e BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. 8. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012. p. 751.

[477] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 359.

[478] Idem.

[479] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 366.

ou das simples". Quando a Súmula, em tese, limita-se a repetir o comando da lei, variando, apenas, a literalidade, é inegável "que deverá ser classificada como legal a presunção nela expressa", pois, nesse caso, "a Súmula constitui meramente uma membrana diáfana, sob a qual repousa o texto da lei"[480].

Considera esse autor, no entanto, que as Súmulas trabalhistas, versando tanto sobre direito material quanto processual, "derivaram de interpretações das normas legais correspondentes às matérias de que tratam". Por essa razão, "refletem presunções simples", uma vez que não possuem natureza legal, embora "resultantes de uma jurisprudência uniforme"[481].

Possuem, portanto, as Súmulas do TST, "feição de presunções comuns", uma vez oriundas de "raciocínios dos julgadores", que, partindo de fatos conhecidos, "induziram a existência ou a veracidade de outros fatos, ignorados ou duvidosos"[482].

Pode o juiz "recusar-se a fazer incidir a Súmula em determinado caso concreto", quando discordar da "presunção que a ela conduz". Pode-se ver que isso não lhe seria permitido "se se tratasse de presunção estabelecida por lei". Quando o juiz decide em consonância "com orientação contida em Súmula, a presunção que daí advier não deixa de ser do Juiz, ou seja, simples". Como se sabe, não tendo a Súmula do TST eficácia constritiva do convencimento do juiz, "resulta inequívoco que ela é produto de sua liberdade racional"[483].

Indica o mencionado autor algumas Súmulas do TST que versam sobre presunção, como as de números 12, 16, 20, 26 e 43[484].

Havia uma forte corrente jurisprudencial, anteriormente à edição da Súmula pelo TST, que se inclinava no sentido de presumir "discriminatória e arbitrária a dispensa do portador do vírus HIV, ainda que assintomático"[485].

A cristalização do entendimento do TST sobre o tema servirá de parâmetro importante para equacionar o relacionamento empresa-trabalhador. Igualmente orientará os Juízes do Trabalho nessa luta permanente contra os atos discriminatórios, especialmente quando decorrerem de doenças dos trabalhadores.

---

480 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003. p. 431.

481 **Ibidem**, p. 431-432.

482 **Ibidem**, p. 432.

483 **Ibidem**, p. 432.

484 **Ibidem**, p. 432.

485 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 8. ed., rev. atual, São Paulo: LTr, 2012. p. 951.

6 Considerações finais

Com a epidemia do HIV/AIDS veio uma enorme carga de preconceito e discriminação relacionados às características das pessoas que mais eram contaminadas pelo vírus no início da década de 80: homossexuais, prostitutas e viciados em drogas injetáveis.

O preconceito e a discriminação chegaram ao local de trabalho, fazendo com que muitos trabalhadores soropositivos fossem dispensados por serem portadores do vírus ou por desenvolverem a doença.

A peculiaridade do sistema jurídico brasileiro de considerar a dispensa sem justa causa lícita criou dificuldades para se verificar quando, efetivamente, a dispensa era discriminatória.

A ausência de lei específica proibindo a dispensa discriminatória do trabalhador soropositivo criou, inicialmente, dificuldades hermenêuticas refletidas na doutrina.

O vaziou legislativo foi preenchido pelos tratados internacionais, sobretudo a Convenção nº 111 da OIT e pela capacidade da jurisprudência brasileira mostrar-se receptiva a um direito universal do trabalho.

A Recomendação nº 200 da OIT cumpre relevante papel nesse trajeto hermenêutico, pois cunhou importantes princípios que escoram as decisões da Justiça do Trabalho brasileira.

A Súmula nº 443 do TST consagra, com rara felicidade, a evolução da jurisprudência mas, principalmente, do próprio Direito do Trabalho, pois centra na pessoa humana seu principal foco.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Curso de direito do trabalho. 8. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000. p. 36-76.

_____. AIDS NO LOCAL DE TRABALHO UM ENFOQUE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO. www.apej.com.br/artigos_doutrina_amb_01.asp, acesso em 4/12/2012.

BEAUDONNET, Xavier. Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, Revista LTr, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélio Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria geral da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. V. 2.

DINIZ, Maria Helena. Comentário ao artigo 212 do Código Civil Brasileiro. In SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). Código civil comentado. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. A dispensa ou a violência do poder privado. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A OIT e o direito do trabalho no Brasil. Curitiba: Juruá, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-328.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. O ônus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina, 2002.

RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010.

SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. In PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina. São Paulo: LTr, 1996. p. 182-198.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851, 9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br >. Acesso em: 12.out.2012.

SGARBE, Vinícius. Veículo G1, circulação nacional, p. 30.06.2011.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola e SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. Revista LTr, Vol. 74, nº 02, fevereiro de 2010. p. 242-250.

SUGUIMATSU, Marlente Terezinha Fuverki. HIV e AIDS no ambiente laboral: visibilidade, discriminação e tutela jurídica de direitos humanos. *In* BARACAT, Eduardo Milléo (org.), Tutela jurídica do trabalhador soropositivo. No prelo.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003.

TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. p. 90-91.

VALTICOS, Nicolas. Derecho internacional del trabajo. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

HIV E AIDS E O MUNDO DO TRABALHO: APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO Nº 200 DA OIT NO BRASIL

Ana Beatriz Ramalho de Oliveira Ribeiro
Eduardo Milléo Baracat

Sumário: 1 Introdução. 2 A recomendação nº 200 da OIT: fundamentos e princípios. 3. Informação: principal arma contra a discriminação do trabalhador portador do HIV e da AIDS. 4. Aderência da recomendação 200 ao ordenamento jurídico brasileiro; 4.1 Constituição brasileira: fonte normativa de combate a discriminação. 4.2 A necessidade da lei ordinária como forma de concretizar o combate à discriminação. 5 Negociação coletiva: instrumento concreto de proteção ao trabalhador soropositivo. 6 Medidas administrativas: a imprescindível atuação das autoridades públicas; considerações finais. Referências

Resumo: Investiga-se a aderência da Recomendação nº 200 da OIT, que versa sobre o vírus HIV, a AIDS e o mundo do trabalho, ao ordenamento jurídico brasileiro, e de que forma pode ser implementada no Brasil. Através da metodologia empregada analisa-se se a partir de princípios e regras previstos na Constituição, nas Convenções 111 e 117 da OIT, ratificadas pelo Brasil, e em lei infraconstitucional, sobretudo a Lei nº 9.029/95, é possível adotar no Brasil políticas e programas de prevenção e combate ao HIV e a AIDS.

Palavras-chave: Recomendação nº 200 da OIT, portador do vírus da AIDS, mundo do trabalho, discriminação e estigma, ordenamento jurídico brasileiro.

1 Introdução

A 99ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2010, em Genebra, adotou a Recomendação nº 200, relativa ao vírus HIV, a Aids e o mundo do trabalho.

De acordo com esta Recomendação, a OIT visa a intensificar sua ação em favor do respeito aos compromissos assumidos, nacional e internacionalmente, com vistas a proteger os direitos e a dignidade dos trabalhadores e de todas as pessoas direta ou indiretamente atingidas pelo vírus HIV e pela Aids.[486]

A Recomendação, em foco, parte do pressuposto da existência de uma pandemia em escala global que, ao atingir milhões de pessoas, é capaz de apagar décadas de desenvolvimento, destruir economias e desestabilizar sociedades.

Onde estão estes trabalhadores? Seriam pessoas invisíveis ou estariam escondidas atrás das cortinas da discriminação e do estigma?

Até 2004, estimava-se que mais de 38 milhões de pessoas viviam com o HIV em todo o mundo, a maioria delas entre 15 e 49 anos, e que, do início da epidemia até 2005, 28 milhões de trabalhadores em todo o mundo tenham perdido suas vidas em conseqüência da Aids. Segundo projeções da OIT, o número total de pessoas com idade para trabalhar falecidas por causa do HIV/Aids alcançará 48 milhões em 2010 e 74 milhões em 2015, se não tiverem acesso a tratamento adequado. Ainda segundo a OIT, 2 milhões de integrantes da força de trabalho mundial ficarão impossibilitados de trabalhar por causa do HIV/Aids, número que até 2015 ultrapassará com folga os 4 milhões.[487]

No Brasil, até junho de 2010, haviam sido registrados 592.914 casos de Aids desde 1980, sendo que a taxa de incidência oscila em torno de 20 casos por 100 mil habitantes. Apenas em 2009 foram notificados 38.538 casos da doença. Outro dado relevante, é que ainda a faixa etária em que a Aids é mais incidente, em ambos os sexos, é a de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado de trabalho.[488] O universo dos portadores do HIV, todavia, provavelmente seja maior, visto que muitos tomam conhecimento da doença apenas quando os principais sintomas se manifestam.

Com efeito, existem muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença, mas podem transmitir o vírus a outras pessoas. Os **primeiros sintomas** são muito parecidos com os de uma gripe, como

---

[486] www.ilo.org/aids, acesso em 12/12/2010.

[487] *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: estimaciones a nível mundial, impacto y medidas adoptadas* (www.ilo.org, acesso em 12/12/2010).

[488] www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil, acesso em 12/12/2010.

febre e mal-estar, o que, normalmente não é identificado como sintoma do HIV. Apenas numa fase mais aguda, quando o organismo encontra-se mais fraco é que surgem os sintomas mais visíveis, tais como febre, diarreia, suores noturnos e emagrecimento, sendo que a baixa imunidade permite o aparecimento de doenças oportunistas (hepatites virais, tuberculose, pneumonia, toxoplasmose e alguns tipos de câncer) , quando se atinge o estágio mais avançado da doença, designado de Aids.[489]

Sem um tratamento adequado, os trabalhadores soropositivos economicamente ativos, cedo ou tarde, desenvolverão a Aids, ficando impossibilitados de trabalhar e de, precocemente, auferir os meios necessários à subsistência própria e de seus dependentes. Observe-se, ainda, que a duração da doença aumenta a carga econômica que pesa sobre o resto da força de trabalho e impõe um ônus social adicional, através da assistência e apoio aos doentes por parte de suas famílias. A OIT estima que em 2015 e a escala mundial, o efeito combinado das mortes e doenças atribuídas ao HIV/Aids, implicará acréscimo de 1% da carga econômica e de mais de 1% da carga social. As mortes atribuídas ao HIV/Aids se traduzem também na perda de investimentos em qualificações e experiências adquiridas, sendo que esta perda de capital humano é uma das ameaças concernentes ao objetivo de erradicar a pobreza e alcançar um desenvolvimento sustentável.[490]

A discriminação dificulta a prevenção, como também o diagnóstico precoce, e uma maior sobrevida dos trabalhadores soropositivos.

Os portadores do vírus HIV e da Aids sofrem, destarte, importante discriminação, sobretudo no mundo do trabalho, tanto na contratação, quanto na manutenção do contrato de trabalho, sendo extremamente danoso quando são despedidos pelo empregador.

O argumento do empregador, via de regra, é o do prejuízo à atividade econômica que o empregado portador do vírus HIV ou da Aids pode acarretar, por meio de indisposição junto aos colegas de trabalho, ou do afastando dos clientes. Existe, muitas vezes, o preconceito do próprio empresário, decorrente da ignorância e desinformação do meio social onde vive..

A Recomendação nº 200 da OIT, contudo, parte de outro suposto, o de que a ausência de prevenção, tratamento adequado e proteção dos trabalhadores enfermos acarretará retrocessos econômico e social.

As recomendações da OIT visam a sugerir normas que podem ser adotadas pelas fontes diretas ou autônomas de Direito do Trabalho, tais como leis, convenções

[489] www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil, acesso em 12/12/2010.

[490] *El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: estimaciones a nível mundial, impacto y medidas adoptadas* (www.ilo.org, acesso em 12/12/2010).

e acordos coletivos de trabalho, conquanto sejam endereçadas, precipuamente, aos legisladores dos países membros da OIT. As recomendações, ao contrário das convenções da OIT, quando ratificadas, não constituem fontes formais de direito, não gerando, por conseguinte, direitos subjetivos individuais. [491]

Assim, como a Recomendação nº 200 da OIT não constitui fonte formal de direito, necessário investigar em que medida é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, e, como pode ser implementada no Brasil?

2 Recomendação nº 200 da OIT: fundamentos e princípios

A Recomendação nº 200 da OIT enumera algumas definições importantes e necessárias para o enfrentamento da discriminação das pessoas portadoras do HIV e da Aids no local de trabalho..

A primeira é a do próprio sentido de "HIV" , que designa o vírus de imunodeficiência humana, que atinge o sistema imunológico, sendo que medidas preventivas podem evitar a infecção.

A segunda é a de "Aids", que significa síndrome da imunodeficiência adquirida, resultante de uma infecção do HIV que está em estado avançado e que se caracteriza pelo aparecimento das doenças oportunistas ou de cânceres ligados ao HIV, ou dos dois.

A terceira é a de "pessoas que vivem com o HIV", designando as pessoas infectadas pelo HIV.

A quarta, a de "estigma", que representa a marca social que, ligada a uma pessoa, acarreta geralmente a marginalização ou cria obstáculo a uma vida em sociedade normal para a pessoa infectada ou afetada pelo HIV.

A quinta, a de "discriminação", que designa toda distinção, exclusão ou preferência que tem por finalidade destruir ou alterar a igualdade de chances ou de tratamento no emprego ou profissão, conforme a convenção e a recomendação relativa a discriminação (emprego e profissão) de 1958 (Convenção nº 111).

A sexta, a de "pessoas afetadas", designando as pessoas cujas vidas foram modificadas pelo HIV ou pela Aids, tendo em vista o impacto causado no sentido amplo da pandemia.

A sétima é a "adaptação razoável" que significa toda modificação ou adaptação de emprego ou de local de trabalho que seja razoavelmente viável e que permita a uma pessoa portadora do HIV ou da Aids o acesso a emprego, dele participar e nele progredir.

A oitava é a de "vulnerabilidade", ou seja, diferenças de oportunidades, exclusão social, desemprego ou emprego precário, resultantes de fatores sociais,

[491] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. SP: LTr, 1994, p. 28.

culturais, políticos ou econômicos que tornam a pessoa mais suscetível de ser infectada pelo HIV ou de desenvolver a Aids.

A nona é o "local de trabalho", que se refere a qualquer lugar em que os trabalhadores desenvolvam suas atividades.

E, por fim, "trabalhador", que é qualquer pessoa que realiza qualquer forma ou modalidade de trabalho.

As definições estabelecidas na Recomendação são essenciais para a compreensão dos princípios gerais que a informam, sobretudo porque objetivam orientar a aplicação das ações de combate ao HIV e a Aids no mundo do trabalho.

> Os princípios gerais que informam a Recomendação em foco são:
> "a resposta ao HIV e à Aids deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive os trabalhadores, suas famílias e dependentes";
> "O HIV e a Aids devem ser reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores e de trabalhadores";
> "não deve haver nenhuma discriminação nem estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de mais vulnerabilidade à infecção pelo HIV";
> "a prevenção, por todos os meios, da transmissão do HIV deve ser prioridade fundamental";
> "os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem ter acesso a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à Aids, deles se beneficiando e o local de trabalho deve contribuir para facilitar esse acesso;
> "deve-se reconhecer e reforçar a participação e o engajamento dos trabalhadores no planejamento, na implementação e na avaliação de programas nos âmbitos nacional e do local de trabalho";
> "os trabalhadores devem beneficiar-se de programas voltados à prevenção de riscos específicos de transmissão do HIV vinculados ao trabalho e de doenças relacionadas, como a tuberculose";
> "os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção a sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a Aids,

em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV";
"nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sorológica";
"medidas para cuidar de HIV e Aids no mundo do trabalho devem fazer parte das políticas e programas nacionais de desenvolvimento, inclusive os relacionados com trabalho, educação, proteção social e saúde; e
"a proteção dos trabalhadores que exercem ocupações particularmente expostas ao risco de transmissão do HIV"..[492]

Necessário, por conseguinte, analisar a utilidade da aplicação da Recomendação 200 no Brasil, sobretudo no tocante a necessidade da informação como forma de combate a discriminação.

3 Informação: principal arma contra a discriminação do trabalhador portador do HIV e da AIDS

A desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa da discriminação de seus portadores pela sociedade brasileira..

Para entender a origem dessa discriminação, é necessário compreender que os temas "igualdade" e "não-discriminação" se encontram na origem do próprio Direito do Trabalho, que surgiu como elemento compensador das desigualdades reais existentes entre empregados e empregadores nas relações de trabalho.

Historicamente, vários grupos de pessoas são discriminados inclusive quando se trata de colocação e manutenção no mercado de trabalho, sobretudo minorias sociais.

Essas minorias são, em geral, definidas em termos de características atribuídas de status, tais como raça, sexo, condição econômica e social, deficiência ou doença e meios formativos étnicos ou religiosos, bem como de status adquirido, como também orientação sexual. Logo, quanto mais visíveis as características que definem a posição da minoria, mais difícil fica remediar os termos da desigualdade social que se reflete em todos os campos da sociedade, inclusive nas relações trabalhistas.

O próprio desequilíbrio estrutural da relação trabalhista já pode ensejar arbitrariedades e quando aliada a um fator discriminatório torna-se mais violenta, sobretudo do empregado portador do vírus da AIDS que, além de lutar diariamente contra uma doença incurável e letal, ainda sente-se fragilizado, seja física, seja moralmente, perante seu empregador, aos demais colegas de trabalho, e à sociedade.

[492] www.oitbrasil.org.br, acesso em 14/12/2010.

O estigma é caracterizado pelo fato de a pessoa possuir um sinal ou marca com significado depreciativo, e que é interpretado pela sociedade como defeito, fraqueza ou desvantagem.[493]

O portador do vírus HIV e da Aids, desse modo, é rotulado pela sociedade como alguém menos qualificado para o trabalho, que, em razão de sua enfermidade criará problema para a atividade econômica.

Há, ainda, a rótulo moral, decorrente da punição social pelo fato de a pessoa portadora do vírus HIV e da Aids ter, supostamente, infringido uma regra moral, qual seja, o da promiscuidade, sobretudo do homossexual, e do usuário de drogas injetáveis.

A concepção que se tem do HIV/Aids na sociedade brasileira está, portanto, relacionada a outros estigmas, o que explica a grande dificuldade de superar a discriminação dos trabalhadores soropotivos..

O HIV/Aids, no imaginário social dominante, é uma punição àqueles que violaram a regra moral de manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, ou de fugir da realidade através da dependência química de substâncias ilegais, sobretudo as injetáveis.

A discriminação do portador do HIV/Aids não deixa de ser uma conseqüência da própria discriminação do homossexual.

As notícias veiculadas em diversos meios de comunicação, relatam as inúmeras agressões sofridas por homossexuais.[494]

A jurisprudência trabalhista, por seu turno, reputa ilícita a discriminação do trabalhador homossexual, inclusive por colegas de trabalho, responsabilizando o empregador, independentemente de sua culpa, pelo dano moral causado ao empregado.[495]

---

[493] BACILA. Carlos Roberto. **Um Estudo sobre os Preconceitos.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 24-25.

[494] "No dia 14 de novembro, um grupo formado por quatro menores e um jovem de 19 anos agrediu com socos, chutes, pauladas e golpes de lâmpadas fluorescentes três pedestres que caminhavam na avenida Paulista.No mesmo dia, um estudante de 19 anos foi agredido verbalmente e baleado por um militar do Forte de Copacabana no parque Garota de Ipanema. Os sargentos Ivanildo Ulisses Gervásio e Jonathan Fernandes foram presos pelo Exército. A agressão ocorreu logo após o fim da Parada Gay carioca. Outro caso que indignou o movimento gay foi a recente publicação, na página da Universidade Presbiteriana Mackenzie --uma das mais tradicionais de São Paulo--, de um texto assinado pelo chanceler Augustus Nicodemus Gomes Lopes. No manifesto da igreja, a instituição diz que é contra à aprovação da lei contra a homofobia "por entender que ensinar e pregar contra a prática do homossexualismo não é homofobia" (www.noticiais.uol.com.br, acesso em 13/12/2010).

[495] "DANO MORAL. SUPOSTA OPÇÃO SEXUAL. DISCRIMINAÇÃO. DISPENSA INDIRETA. ATO LESIVO DA HONRA E BOA FAMA. CABIMENTO. Enseja indenização por dano moral, de responsabilidade da empresa, atos reiterados de chefe que, no ambiente de trabalho, ridiculariza

O contágio do HIV/Aids, de qualquer maneira, não é exclusivo dos homossexuais e usuários de drogas injetáveis.

Ao contrário, dados do Boletim Epidemiológico Aids 2010, indicam que, embora a forma de transmissão entre os maiores de 13 anos de idade seja a sexual, entre as mulheres, 94,9% dos casos registrados em 2009 decorreram de relações heterossexuais com pessoas infectadas pelo HIV. Entre os homens, por outro lado, 42,9% foram por relações heterossexuais, 19,7% homossexuais, e 7,8% bissexuais, enquanto que o restante foi por transmissão sanguínea e vertical.[496]

Constata-se, portanto, que menos de um 1/3 das pessoas soropositivas foram contaminadas através de relação homossexual.

A informação é, conforme a Recomendação nº 200, um dos principais mecanismos para superar a discriminação em relação aos trabalhadores soropositivos.

Nesse particular, é imprescindível a participação dos atores sociais vinculados ao local de trabalho - em especial as organizações de empregadores e de trabalhadores -, na elaboração de programas e políticas de combate à discriminação do portador do HIV e da Aids.

Para tanto, os programas de prevenção devem assegurar "a prestação ao alcance de todos, de informações corretas, atualizadas, pertinentes e oportunas, em formato e linguagem adequados ao contexto cultural, por meio dos diferentes meios de comunicação disponíveis" (Recomendação nº 200 da OIT).

A principal informação que visa ao combate da discriminação do trabalhador soropositivo é de que na grande maioria dos ofícios ou profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente, ou ainda, de um cliente para um empregado.

A aquisição desta informação pelos atores sociais, permitirá o reconhecimento de que a forma de contaminação não tem o condão de tornar as pessoas diferentes, nem de lhes retirar o direito a solidariedade reconhecido constitucionalmente (art. 3º, I), ou de lhes impor discriminação decorrente de punição moral.

A compatibilidade entre a Recomendação 200 e o ordenamento jurídico brasileiro é outro fator relevante para a implementação de políticas e programas de prevenção e combate ao HIV e a Aids.

---

subordinado, chamando pejorativamente de "gay" e "veado", por suposta opção sexual. Aliás, é odiosa a discriminação por orientação sexual, mormente no local de labor. O tratamento dispensado com requintes de discriminação, humilhação e desprezo a pessoa do reclamante, afeta a sua imagem, o íntimo, o moral, dá azo à reparação por dano moral, além de configurar a dispensa indireta por ato lesivo da honra e boa fama do trabalhador, eis que esses valores estão ao abrigo da legislação constitucional e trabalhista (arts. 3º, IV, e 5º, X, da CF; art. 483, "e", da CLT)" (SP, TRT-15ª Reg. 00872-2005-015-15-00-8 ROPS, 6ª T., 12ª Câmara, julg. 7/4/2006, Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini (www.trt15.jus.br, acesso em 13/12/2010).

[496] www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil

4 Aderência da Recomendação nº 200 ao ordenamento jurídico brasileiro

Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro norma legal expressa dispondo sobre a proteção do trabalhador portador do HIV e da Aids.

No entanto, diversas políticas e programas de prevenção e combate ao HIV e a Aids foram e têm sido adotados no Brasil, a partir de princípios e regras previstos na Constituição, nas Convenções 111 e 117 da OIT, ratificadas pelo Brasil, e em lei infraconstitucional, sobretudo a Lei nº 9.029/95.

4.1 Constituição brasileira: fonte normativa de combate a discriminação

A Constituição brasileira prevê expressamente como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, III e IV).

No tocante especificamente ao trabalho, a Constituição brasileira proíbe a distinção de salários, funções, critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), como também vincula a ordem econômica aos princípios da valorização do trabalho humano, existência digna, justiça social, busca do pleno emprego, função social da propriedade, e redução das desigualdades sociais (art. 170, VII e VIII).

Ressalte-se, também que a Constituição brasileira consagrou a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196).

A Recomendação nº 200 da OIT possui total aderência aos princípios e valores da sociedade brasileira, consagrados constitucionalmente.

Nesse particular, releva observar a força normativa dos princípios constitucionais. Com efeito, a força normativa dos princípios, decorre, sobretudo, de sua eficácia jurídica positiva, ou seja, reconhecendo-se a pessoa que seria beneficiada pela norma, direito subjetivo aos efeitos da observância da norma, de forma que lhe seja possível a obtenção da tutela específica da situação contemplada pelo princípio constitucional.[497]

Assim, se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional de vedação de quaisquer formas de discriminação, em especial, do trabalhador portador do HIV/Aids, não se verificaram, a eficácia positiva ou simétrica assegura ao trabalhador discriminado a "possibilidade de exigi-los diretamente, na via judicial se necessário".[498]

---

[497] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª Ed. SP: Saraiva, 2006, p. 377.

[498] Ib, id.

A Recomendação nº 200 da OIT procura instigar a aplicação dos princípios constitucionais brasileiros no âmbito dos trabalhadores soropositivos, de modo a romper preconceitos e estigmas, com busca a erradicação da pobreza, e reconhecimento da dignidade de todas as pessoas.

Assim, as medidas que visam à proteção do trabalhador soropositivo devem observar o acesso ao emprego ou trabalho formal e a vedação de dispensa imotivada ou sem justa causa.

Nesse sentido, é necessário o reconhecimento da plena e total eficácia do art. 7º, I, da Constituição, no sentido de que aos empregados portadores do vírus HIV é proibida a despedida arbitrária ou sem justa causa, independentemente da promulgação de lei complementar prevendo indenização compensatória.

Justifica-se este entendimento, na medida em que não há como se dar efetividade ao princípio da não-discriminação previsto no art. 3, VI, no âmbito das relações de emprego, sem que se vede sua dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Ainda, com relação à dispensa, a empresa privada não se encontra em campo neutro quando se trata de promover meios de sobrevivência digna ao trabalhador. A liberdade de iniciativa não representa um aval para dispensas abusivas. Trata-se de garantia constitucional que deve conviver em harmonia com outros valores constitucionais, como a dignidade humana, a igualdade e a valorização social do trabalho.

Esta interpretação do art. 7, I, à luz do art. 3º, VI, da Constituição, encontraria total respaldo a um dos princípios da Recomendação nº 200, segundo o qual:

> "não deve haver nenhuma discriminação nem estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de mais vulnerabilidade à infecção peloHIV".

Além da Constituição Federal, que observou as diretrizes das Convenções da OIT, as práticas discriminatórias também são alvo de legislações infraconstitucionais, sendo a mais específica nas relações de trabalho a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995.

4.2 A LEI ORDINÁRIA COMO FORMA DE CONCRETIZAR O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

A Lei nº 9.029/95 tem a intenção de coibir algumas práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Prevê o art. 1º desta Lei que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação

familiar ou idade, ressalvadas, nesse último caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas constitucionalmente.

Existe importante controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação deste dispositivo em relação aos trabalhadores soropositivos.

Com efeito, de acordo com Sergio Pinto Martins deve ser evitada qualquer posição emocional sobre a matéria, afirmando que não faz jus o portador do vírus HIV à garantia do emprego, por falta de pressuposto legal.[499]

Afirma Martins que não há lei que determine a reintegração no emprego do trabalhador soropositivo, dispensado sem justa causa, não se podendo sustentar a existência de violação ao princípio da igualdade. Aduz o mesmo autor que o inciso XLI, do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, que só produzirá efeitos quando houver edição de lei ordinária versando sobre o tema, inexistente até o momento. Logo, assevera Martins, não há impossibilidade do despedimento do soropositivo de AIDS com fundamento nesse mandamento legal, que não é autoaplicável.[500]

Nesta mesma linha de argumentação, Martins aduz que a garantia no emprego depende de autorização legal, ou quando houver previsão em norma coletiva da categoria, sustentando que fora dessas hipóteses, não há direito à estabilidade, salvo se a dispensa ocorrer em período que o empregado portador do vírus da AIDS estiver sob os cuidados do INSS.[501]

Em relação propriamente a aplicação da Lei nº 9.029/95, assevera Martins, que não é aplicável no tocante aos trabalhadores portadores do vírus HIV/Aids, pois não diz respeito a esta doença, inexistindo, portanto, lacuna na lei. Martins advoga que como inexiste comando legal prevendo garantia de emprego ao trabalhador soropositivo, não poderá o juiz investir-se na função de legislador e determinar a reintegração do portador de HIV ao emprego, sob pena de estar desvirtuando a função do Poder Judiciário, que é julgar e não legislar, violando o princípio constitucional da separação dos Poderes.[502]

Da mesma forma, afirma Martins, as Convenções n. 111 e142 da OIT, ratificadas pelo Brasil, não trata especificamente da garantia ou estabilidade de empregado em decorrência de doença, principalmente da AIDS, não sendo fundamento normativo para o reconhecimento da reintegração do trabalhador soropositivo.[503]

---

[499] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 442.

[500] MARTINS, S.P., **op, cit**., p 442

[501] **Id**., p. 444.

[502] **Id.**, p. 444-445.

[503] **Id**., p. 444-445

Observa também Martins que o despedimento discriminatório do empregado portador do vírus HIV/Aids não pode ser presumido, já que decorre do direito potestativo e constitucional de dispensar do qual é titular o empregador, cabendo apenas o pagamento das verbas rescisórias. O ato abusivo do empregador que dispensa o portador do vírus da AIDS, de forma discriminatória, aduz o autor, deve ser provado pelo empregado, afirmando que a dispensa normal se presume, enquanto que a anormal e fraudulenta deve ser provada pelo empregado.[504]

Por fim, Martins advoga que a garantia de emprego por decisão judicial para o trabalhador soropositivo implicaria violação ao princípio da igualdade, já que não seria estendida aos trabalhadores portadores de outras doenças.[505]

Em sentido contrário, a dispensa discriminatória do empregado portador do vírus da AIDS, inspira a presunção de ilicitude como expõe Luís Felipe Lopes Boson [506] e, por isso, eivada de nulidade, o que justifica a reintegração no emprego.

De acordo com Boson, a reintegração em virtude de ordem judicial tem lastro na regra interpretativa de máxima eficácia dos preceitos que asseguram os direitos fundamentais. Uma das vigas mestras do ordenamento jurídico brasileiro em matéria de direitos fundamentais, afirma o autor, consiste na vedação de discriminação injustificada. Portanto, discorre Boson, a despedida discriminatória do portador do vírus HIV deve ser sancionada com a decretação de nulidade do ato patronal, e conseqüente reintegração.[507]

Para Alice Monteiro de Barros, à luz da legislação brasileira, o empregado portador do vírus HIV não goza de estabilidade provisória no emprego, salvo se houver disposição expressa em norma coletiva. Segundo a autora, falta-lhe uma norma de alcance geral, que adote regras específicas destinadas a proteger referidos empregados infectados contra a prática discriminatória ensejadora de limites aos seus direitos e expectativas.

Segundo BARROS, a Lei nº 9.029/95 não incluiu o estado de saúde do empregado como pressuposto para proibir a adoção de qualquer prática discriminatória para acesso à relação de emprego ou à sua manutenção para as

---

[504] MARTINS, S.P., **op, cit**., p 444. Este também é o entendimento de Vólia Bomfim Cassar, segundo a qual "Os portadores do vírus da AIDS não têm direito à estabilidade pelo simples fato de estarem acometidos por esta doença, apesar de relevante questão social da matéria. As estabilidades decorrem de lei e esta não tem amparo legal" (**Direito do Trabalho**. 3ed. Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 96).

[505] MARTINS, **op. cit**., p. 444-445.

[506] BOSON, Luís Felipe Lopes. **A discriminação na jurisprudência.** In VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otavio Linhares (coord.). Discriminação, cit., p. 263.

[507] **Id**., p. 263.

hipóteses dos portadores do HIV. Assim, sustenta a autora, não se pode aplicar a Lei nº 9.029/95 aos portadores do HIV, uma vez que contém preceito de natureza penal, insuscetível de interpretação analógica ou extensiva. [508]

Embora a autora entenda não se aplicar aos portadores de HIV a declinada lei, reconhece que é possível individualizar hipóteses de tutela internacional e constitucional aos mesmos contra a discriminação, através do disposto na Convenção 111 da OIT, que prevê "qualquer outra exclusão que tenha por feito anular ou alterar a igualdade de tratamento no emprego", bem como no artigo 3º, IV, da Constituição Federal, que dispõe, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sustentando o princípio da "máxima eficiência", segundo o qual a lei não emprega palavras inúteis, o que significa a impossibilidade de se ignorar, na interpretação da Constituição, um artigo ou parte dele, podendo-se incluir, portanto, o estado de saúde do soropositivo, na medida em que, estando delimitadas as possibilidades reais de contágio pelo vírus HIV, não há razão que justifique a resilição do pacto laboral.[509]

Barros sustenta que a dispensa do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, presume-se discriminatória e arbitrária, devendo ser coibida, pois a permanência do trabalhador no emprego, além do caráter de laborterapia, irá lhe propiciar a aquisição dos benefícios previdenciários que receberá quando estiver impossibilitado de continuar trabalhando, o que, certamente, ocorrerá, considerando se tratar de doença fatal.[510]

Arion Romita, por sua vez, defende o argumento de que a omissão da Lei nº 9.029/95 não obstaria sua aplicação em relação a trabalhadores soropositivos. Para Romita, não se trata de silêncio eloqüente, mas de simples omissão, de lacuna que pode e deve ser preenchida mediante apelo aos métodos de interpretação da lei. [511]

A jurisprudência trabalhista, por seu turno, divide-se em duas correntes.

A primeira, no sentido de que o empregado deve provar a existência do ato discriminatório do empregador, não se presumindo a discriminação o fato de o empregador ter conhecimento da doença.[512]

---

[508] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1204.

[509] **Id.**, p. 1204.

[510] **Id.**, p. 1205.

[511] ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** 3 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 338.

[512] "RECURSO DE REVISTA - REINTEGRAÇÃO - PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA

A segunda corrente entende que o fato de o empregador ter conhecimento da doença gera presunção favorável ao empregado, ou seja, de que a dispensa foi discriminatória, incumbindo ao empregador a prova para desconstituir esta presunção.[513]

O ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como a interpretação dele realizada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não permite, no estágio atual, a plena efetividade dos princípios consagrados na Recomendação nº 200 da OIT.

De fato, a ideia central da Recomendação nº 200 da OIT é a de que o mundo do trabalho deve proporcionar todos os meios necessários para a proteção do trabalhador soropositivo, dentre os quais a própria manutenção do emprego que, em última análise, será a única fonte de subsistência das pessoas afetadas.

O foco central da Recomendação está na proteção das pessoas afetadas, seja o próprio trabalhador soropositivo, sejam seus dependentes, de forma que a perda do emprego é o principal fator a ser combatido, em qualquer circunstância.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial da Lei nº 9.029/95 impede a tutela plena do emprego do trabalhador soropositivo, pois dependerá da prova do conhecimento do empregador da contaminação pelo empregado.

Independente da corrente adotada, se o empregador conseguir provar que não tinha conhecimento da doença do empregado, não haverá qualquer proteção contra a dispensa imotivada ou sem justa causa do mesmo.

Evidentemente, haverá muito mais dificuldade de se aplicar a Recomendação nº 200 da OIT no Brasil, na hipótese de se exigir do trabalhador

DISCRIMINATÓRIA. A estabilidade do empregado portador do vírus HIV vincula-se a existência de discriminação em razão da doença, o que não restou demonstrado, tendo em vista que por mais de cinco anos após a ciência da ação o empregado continuou trabalhando. Ilesos, portanto, os dispositivos invocados, não havendo se falar em divergência jurisprudencial sobre a matéria, eis que a questão fática que norteou o julgado não resta assinalada nos paradigmas. Recurso de revista não conhecido. Brasil,TST-RR - 257200-69.2006.5.01.0243 Data de Julgamento: 20/04/2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 30/04/2010" (www.tst.jus.br, acesso em 15/12/2010).

513 "EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites , na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a conseqüente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*) Brasil, TST - RR - 721340-83.2006.5.12.0035 Data de Julgamento: 26/05/2010, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 22/10/2010" (www.tst.jus.br)..

a prova de que o empregador tinha conhecimento da doença quando da dispensa. Trata-se, em verdade, de "prova diabólica", pois incumbirá ao trabalhador já debilitado e vulnerável socialmente, realizar prova quase impossível, relativa a aspecto subjetivo do empregador.[514]

Diante deste panorama, para plena aplicação da Recomendação nº 200 da OIT, seria necessária a aprovação de lei específica[515], dispondo expressamente sobre a proibição da dispensa imotivada ou sem justa causa do empregado portador do vírus HIV ou da Aids, independentemente de o empregador ter conhecimento da doença à época da despedida.

Em que pese o Projeto de Lei do Senado nº 51/2003 (na Câmara dos Deputados recebeu o nº 6124/2005) de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT) estabeleça ser crime a discriminação da pessoa portadora do vírus HIV, em especial nas hipóteses de se negar emprego ou trabalho, exonerar ou demitir do cargo ou emprego, segregar no ambiente de trabalho, não há, no mesmo, previsão de reintegração no emprego do empregado portador do vírus HIV ou da AIDS em qualquer hipótese.[516]

Ressalte-se que para efeito da aplicação da Recomendação nº 200 no Brasil, a criminalização da discriminação do portador do vírus HIV é muito

---

[514] Este entendimento assemelha-se àquele existente no século XIX relativo à responsabilidade civil, segundo o qual cabia à vítima, sobretudo do acidente de trabalho, demonstrar a culpa do empregador. Conforme observa Anderson Schreiber, a "exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza – basta pensar em acidentes de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior das fábricas – tornava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de probatio diabólica" (**Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. SP: Atlas, p. 17).

[515] Conforme previsto no Capítulo V, 37, "l", da Recomendação nº 200.

[516] A íntegra do projeto é a seguinte: "Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de AIDS, em razão da sua condição de portador ou de doente:
I – recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;
II – negar emprego ou trabalho;
III – exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;
IV – segregar no ambiente de trabalhou ou escolar;
V – divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de AIDS, com intuito de ofender-lhe a dignidade;
VII – recusar ou retardar atendimento de saúde.
Art. 2º Esta Lei entre em vigor na data de sua publicação".
(Este projeto foi aprovado em 21/10/2005 pela CCJ do Senado e enviado para Câmara dos Deputados, onde aguarda inclusão na ordem do dia para votação no plenário desde 24/11/2009, www.senado.gov.br e www.camara.gov.br, acessos em 15/12/2010).

menos eficaz do que a previsão legal de reintegração no emprego, mesmo que à época da dispensa o empregador desconhecesse a doença do trabalhador.

É importante observar, por oportuno, que através da negociação coletiva, já se obteve reconhecimento da garantia no emprego do empregado soropositivo.

5 Negociação coletiva: instrumento concreto de proteção ao trabalhador soropositivo

Conquanto a eficácia das normas previstas em convenção e acordo coletivo de trabalho seja restrita às relações empregatícias havidas no âmbito das respectivas representações dos sindicatos profissionais e econômicos que a subscrevem[517], trata-se de instrumento extremamente útil para a concreção dos valores expressos na Recomendação nº 200.

Em verdade, a negociação coletiva é o mecanismo mais apropriado para a conquista de melhorias das condições de trabalho, pois representantes de empregados e empregadores sentam-se frente e frente, e dialogam diretamente acerca de suas necessidades e limitações, fazendo concessões recíprocas.

No Capítulo IV da Recomendação nº 200, denominado "Políticas e Programas Nacionais", há expressa referência a adoção de políticas e programas nacionais, pelas autoridades competentes, mediante consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas.

Já no Capítulo V da Recomendação, intitulado "Implementação", afirma-se que as "políticas e os programa nacionais sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho devem ser levados a efeito, em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas e outras partes interessadas", por intermédio, dentre outros instrumentos, pela "negociação coletiva".

O diálogo social, ademais, é importante valor expresso na Recomendação, que deve ser concretizado, dentre outras formas, através da garantia aos trabalhadores e seus representantes de que seram informados e consultados acerca das providências destinadas a implementar políticas e programas relativos com ao HIV e a Aids, aplicáveis ao local de trabalho.[518]

Antecipando-se a própria Recomendação, existem nos âmbitos das negociações coletivas estabelecidas no Brasil, inúmeros exemplos de convenções coletivas normatizando algum tipo de proteção a trabalhadores soropositivos.

---

[517] Nos termos do art. 611, § 1º, da CLT "É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho":

[518] Conforme previsto no Capítulo V, 43, "l", da Recomendação nº 200

É o caso da Convenção Coletiva celebrada entre o Sindicato dos Publicitários e Trabalhadores em Agências de Propaganda de Recife, Federação nacional dos Publicitários, Agenciadores de Publicidade e Trabalhadores em Agências de Propaganda e o Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Pernambuco – Sinapro, vigente de 1º/9/2004 a 30/8/2005, que previu na cláusula 31 uma indenização adicional de seis salários nominais para o trabalhador que comprovadamente seja portador do vírus HIV, for dispensado sem justa causa, não havendo, em nenhuma hipótese, garantia no emprego.[519]

O direito mais importante reconhecido em convenção coletiva do trabalho é o da proibição da dispensa sem justa causa. No entanto, a extensão deste direito varia de acordo com cada negociação, sendo mais restritiva em alguns casos, e mais ampla em outros..

A cláusula 48ª da Convenção Coletiva celebrada entre o Sindicato dos Comerciários de São Paulo e o Sindicato dos Lojistas do Comércio e São Paulo, com vigência de 1º/9/2010 a 31/8/2011, por exemplo, veda a dispensa do empregado que comprovadamente seja portador da AIDS, "desde que tenha comunicado essa circunstância à empresa até 60 dias antes de eventual aviso prévio pela mesma concedido".[520]

Já a cláusula 61ª da Convenção Coletiva ajustada entre o Sindicato da Categoria Profissional de Empregadores e de Trabalhadores em Empresas de Turismo no Estado de São Paulo e o Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo, vigente de 1º/11/2010 a 31/10/2011, assegura a estabilidade provisória do empregado portador de vírus HIV (AIDS) até seu afastamento pelo INSS, [521] de modo que não estabelece qualquer restrição ao direito do empregado não ser dispensado sem justa causa.

Por fim, a cláusula 17ª da Convenção Coletiva firmada entre o Sindicato dos Empregados em Empresas de Segurança e Vigilância do Estado do Sergipe e o Sindicato das Empresas de Segurança Privada do Estado do Serviço, que vigorou de 1º/5/2009 a 28/2/2010, que prevê que o empregado portador do

[519] "31. INDENIZAÇÃO ADICIONAL PARA O PORTADOR DO VÍRUS HIV.
31.1 O portador do vírus HIV, devidamente comprovado, quando demitido sem justa causa, fará jus a uma indenização adicional correspondente ao valor de 6 (seis) salários nominais;
31.2 A indenização que trata a cláusula anterior, em nenhuma hipótese importará em dilatação do prazo do contrato de trabalho"..

[520] "48. GARANTIA DE EMPREGO AO PORTADOR DO VÍRUS HIV: Ao empregado comprovadamente portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDs) será garantido o emprego até o seu afastamento pelo INSS, desde que tenha comunicado essa circunstância à empresa em até 60 (sessenta) dias antes de eventual aviso prévio pela mesma concedido".

[521] CLÁUSULA SEXAGÉSIMA PRIMEIRA – ESTABILIDADE DO FUNCIONÁRIO PORTADOR DO VÍRUS HIV (AIDS). Fica assegurada a estabilidade provisória do funcionário portador de vírus HIV (AIDS) até seu afastamento pelo INSS".

vírus HIV fará jus a todos os direitos dos demais empregados abrangidos pela convenção, garantindo-lhe o encaminhamento ao órgão da previdência social para as providências necessárias quando a doença se manifestar, sendo vedada a dispensa sem justa causa ou a discriminação sob qualquer pretexto.[522] Esta cláusula é mais abrangente, pois além de vedar a dispensa sem justa causa do empregado soropositivo, veda qualquer tipo de discriminação.

A Recomendação nº 200 da OIT também deve ser aplicada através de medidas administrativas.

6 Medidas administrativas: a imprescindível atuação das autoridades públicas

A Recomendação nº 200 da OIT deve, ainda, ser implementada através de medidas administrativas, sobretudo por meio dos serviços de administração do trabalho, inclusive de inspeção do trabalho, e das autoridades judiciais competentes em matéria trabalhista. Ainda, os serviços públicos de saúde devem ser fortalecidos, de forma a garantir o acesso mais amplo aos serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio, e para reduzir a pressão adicional sobre os serviços públicos, particularmente sobre os profissionais de saúde, causada pelo HIV e pela Aids.[523]

Embora de forma tímida, medidas administrativas têm sido adotadas no Brasil, com vistas à prevenção, tratamento, atenção e apoio ao trabalhador soropositivo.

Com efeito, a Portaria Interministerial MTb/MS nº 3.195 que, desde agosto de 1988 instituiu, em âmbito nacional, a Campanha Interna de Prevenção da AIDS - CIPAS, a ser realizada permanentemente pelos órgãos da Administração direta, indireta, empresas públicas e privadas, sob a supervisão do Ministério do Trabalho e do Ministério da Saúde, tem a finalidade de divulgar conhecimentos e estimular no interior das empresas e, em todos os locais de trabalho, a adoção das medidas preventivas contra a AIDS.[524]

Tais medidas preventivas compreendem atividades como a realização de palestras, debates, divulgação educativa, através da imprensa falada e escrita, confecção e distribuição gratuita de cartazes, livretos, cartilhas, exibição de filmes e slides sobre o assunto.

---

[522] "CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – ESTABILIDADE AO PORTADOR DO VÍRUS HIV/AIDS. O empregado portador do vírus HIV gozará dos mesmos direitos dos demais empregados abrangidos por esta convenção até que se manifeste a doença, sendo que após a efetiva manifestação da doença será encaminhado ao órgão de providência social para as providências necessárias, ficando vedada a sua dispensa sem justa causa ou a discriminação sob qualquer pretexto".

[523] Recomendação nº 200, Capítulo V, 44 e 45.

[524] www.mte.gov.br, acesso em 17/12/2010.

Também nesse sentido, e em atenção à Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, criada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em associação com a OIT, que baixou instruções gerais em defesa do portador do vírus da AIDS no acesso e também na manutenção do contrato de trabalho, o Conselho Federal de Medicina do Brasil instituiu a proibição desses profissionais, quando prestam serviços à empresa, de revelar ao empregador o diagnóstico do empregado ou do candidato ao emprego, cabendo-lhes informar, exclusivamente, aspectos ligados à capacidade ou não do trabalhador exercer determinada função (Resolução CFM 1.665/2003).[525]

No mesmo norte, a Portaria nº 1.246, de 28.05.2010, proibindo as empresas de exigirem do trabalhador a realização do teste de HIV para contratação. De acordo com esta Portaria, o teste de HIV não é permitido, de forma direta e indireta, em exames médicos para admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego. O texto da mencionada Portaria, toma como base a Lei nº 9.029/1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o acesso ou manutenção do emprego.[526]

É possível afirmar, portanto, que, embora timidamente, já há no Brasil certa mobilização, inclusive no âmbito administrativo, no intento de realizar a justiça social e combater a discriminação e estigmatização relacionadas com o portador do HIV e AIDS, que é o objetivo primordial da Recomendação nº 200 da OIT.

Considerações finais

Extremamente penosa é a realidade do portador do vírus da AIDS no Brasil. Primeiramente, porque foi acometido pela doença que abalou o século XX, até o momento incurável, e que o faz lutar diariamente pela vida. Ademais, porque, invariavelmente, sofre a discriminação, o preconceito e as conseqüências de descaso, desamor e desumanidade, advindos de diversos segmentos da sociedade.

E não é diferente nas relações de trabalho.

A discriminação pode se dar no ingresso a um emprego, quando muitas empresas, de alguma forma, procuram se certificar de que o candidato não possua doença grave ou pré-existente, principalmente em se tratando de AIDS, como também à manutenção do contrato de trabalho. No caso da empresa, ou dos colegas de trabalho terem conhecimento de que o empregado é portador da doença, a situação se agrava.

---

[525] Esta Resolução revogou a Resolução CFM 1.359/92 (www.portalmedico.org.br, acesso em 17/12/2010).

[526] www.mte.gov.br, acesso em 17/12/2010.

O empregado soropositivo, por certo, sofre a estigmatização das diferenças e a segregação injustificada, em manifesto prejuízo ao bem estar e paz sociais, imprescindíveis à sociedade justa e fraterna preconizada na Constituição brasileira.

A Recomendação nº 200 da OIT procura conscientizar a sociedade mundial da necessidade premente de se combater tanto o HIV/Aids, quando a discriminação decorrente.

Buscam-se meios de prevenção, tratamento, atenção e apoio aos trabalhadores portadores do vírus HIV e da AIDS. Pouco se tem na legislação brasileira que contribua especificamente no alcance destes objetivos.

Certo é que inexiste lei específica que confira ao empregado portador do vírus HIV estabilidade no emprego. Contudo, o tratamento especial a esse indivíduo tem assumido, com o passar do tempo, feição humanitária, com fulcro no respeito à vida e na dignidade do pessoa acometida de doença que ainda não se conhece a cura.

A par disso, e cabendo asseverar que ainda não é unânime, embora posição majoritária, não são raras as decisões judiciais que, em caso de dispensa de portador de vírus HIV, presumem a discriminação, justamente porque entendem ser inconcebível que o direito potestativo do empregador em resilir o contrato de trabalho, possa ferir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana insculpido no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal.

Com efeito, a velada discriminação sofrida pelo portador do vírus HIV, mormente no ambiente de trabalho, é fato que tem ensejado doutrina e jurisprudência a considerar presumida a segregação social diante da dispensa imotivada do empregado-enfermo, com esteio nos artigos 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, caput e XLI; 170 e 193 da Constituição, que reconhecem o super princípio da dignidade da pessoa humana, como também os direitos ao trabalho, à vida, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, vedando quaisquer outras formas de discriminação. Não é outro o escopo também da Lei nº 9.029/1995.

É possível afirmar, portanto, que, embora não seja entendimento pacífico, a dispensa imotivada do empregado portador do vírus da AIDS é presumivelmente discriminatória sendo, pois, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A proibição à dispensa imotivada do empregado portador do vírus HIV e da Aids não possui disposição legal específica, mas é indiretamente vedada por ordem constitucional, internacional e também infraconstitucional.

De qualquer forma, os esforços legislativos para criminalizar o ato que discrimina o trabalhador soropositivo atenderiam mais amplamente o objetivo da Recomendação nº 200 da OIT se direcionados à criação de norma legal que proibisse a dispensa sem justa causa empregador portador do vírus HIV ou da Aids, em qualquer hipótese, e sem qualquer condição.

Importante observar que os principais atores sociais do mundo do trabalho - empregados e empregadores -, através de suas entidades sindicais, têm implantado os valores expressos na Recomendação objeto de análise, embora, ainda, de forma restrita.

Do mesmo modo, as autoridades públicas tateiam formas de minimizar o sofrimento causado pela doença e pela discriminação dos trabalhadores portadores do HIV e da Aids.

A Recomendação nº 200 da OIT é, seguramente, o impulso necessário para a ampliação e coordenação das medidas legais e extra-legais que visem ao combate tanto do vírus HIV e da Aids, quanto da discriminação decorrente.

Referências

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos.**Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BANDEIRA DE MELLO,Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1187-1210.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª Ed. SP: Saraiva, 2006,

CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na Admissão: Direito à Integração. **NTC – Núcleo Trabalhista Calvet.** Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Proteções contra discriminação na relação de emprego.** In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Tulio (coord). Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 97-108.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **AIDS e Direito do Trabalho.** Revista de Direito do Trabalho. n. 83, p.48.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação do Trabalho**. Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

KHAMIS, Renato Mehanna. **Dano Moral.** Dispensa Imotivada de Portador do Vírus HIV. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo, LTr, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. SP: Atlas, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. SP: LTr, 1994

AIDS, RELIGIÃO E DISCRIMINAÇÃO

Eduardo Milleo Baracat
Maria Aparecida de Borba Mendes
Denis Maronka Rossi

Sumário: 1. Introdução. 2. Religião e cristianismo. 2.1 Religião e teologia: deus retributivo ou solidário? 2.2 Características do cristianismo. 3. Poder na bíblia. 3.1 Poder sobre o corpo e a carne. 3.2 O poder do pastorado sobre o corpo dos fiéis. 4. Discriminação, sexualidade e religião: reflexos do cristianismo no tratamento do trabalhador soropositivo. 4.1 Discriminação, sexualidade e pecado. 4.2 Aids e pecado. 5. Conclusão.

1 Introdução

"Amarás o teu próximo como a ti mesmo" (Mateus 22, 39-40). A principal lição que a humanidade já recebeu foi aplicada poucas vezes ao longo dos últimos dois mil anos, desde que esta frase foi pela primeira vez proferida. A humanidade cada vez mais demonstra egoísmo e intolerância, sobretudo em relação às pessoas diferentes, ou seja, aquelas que não seguem determinado padrão existencial. No Ocidente, este padrão é do homem, branco e heterossexual. A pessoa que deixa de possuir uma destas características tende a sofrer algum tipo de discriminação social.

O exemplo mais significativo de discriminação é aquele que cerca a pessoa portadora do vírus HIV e que pode, ou não, desenvolver AIDS. O vírus do HIV sempre esteve, preponderantemente, relacionado a homoafetividade masculina, embora o contágio também se possa dar através de agulhas contaminadas, relações heterossexuais e transfusões sanguíneas. Predomina, no entanto, a ideia de que a AIDS é "doença de gay", sendo indigna e classificada como a doença de quem "agiu mal" ou fez a opção "socialmente errada".

A expressão "homossexualismo" indica o caráter discriminatório dado a pessoa que possui desejo por outra do mesmo sexo. De fato, essa expressão decorrente do reconhecimento pelo C.I.D. de que esse desejo representaria uma doença ou patologia, na medida em que se agrega o sufixo "ismo" – cujo significado, na medicina, é de doença ou patologia -, às raizes "homo" e "sexual".

O vocábulo "homossexualidade", por outro lado, limita a relação entre as

pessoas do mesmo sexo a uma dimensão exclusivamente sexual, desprezando o vínculo afetivo. Por isso, atualmente, prefere-se a expressão "homoafetividade", que realça o aspecto afetivo entre as pessoas do mesmo sexo.

Existem discursos teológicos que demonstram tanto fatores discriminantes, como não discriminantes em relação a homoafetividade.

A base dos discursos discriminantes possui aspectos morais e religiosos, organizados a partir de discursos que culpabilizam o corpo e suas relações.

Quando o corpo é afetado por doenças, as religiões, desde a Antiguidade, procuram explicações em causas sobrenaturais ou a partir da vontade dos deuses.

No cristianismo, religião mais praticada no Brasil, predomina a concepção teleológica de que Deus abençoa as purezas do corpo, mas castiga suas impurezas.

A aids, vista como a impureza do corpo, como outrora foram a lepra e a tuberculose, insere-se em um discurso discriminante, mormente quando adquirida, em grande parte, por homoafetivos.

Por esta razão denota-se importante a realização deste estudo com o objetivo identificar discursos teleológicos cristãos que contribuem para a discriminação de soropositivos, em especial de trabalhadores.

2 Religião e cristianismo

2.1 Religião e teologia: deus retributivo ou solidário?

Religião (em latim: *religare*, significa religação com o divino) é um conjunto de sistemas culturais e crenças, que tem como característica fundamental conteúdo metafísico, cultuado por grupos sociais. Esses grupos, com maior ou menor frequência e intensidade, "recorre às tradições religiosas disponíveis para ler e enfrentar sua cotidianidade",[527] sobretudo os problemas causados pelos acontecimentos que não podem ser compreendidos e explicados pela razão humana.

No âmbito da religião, encontra-se ainda a teologia "como discurso humano, sobre Deus, que é, portanto, ato segundo, organizado posteriormente à experiência religiosa vivenciada pelas pessoas em suas distintas histórias de vida".[528] A teologia, por conseguinte, possui importante influência sobre os valores morais de seus adeptos, assegurando a estes um sentido a suas vidas.

No tocante a ideia de religião como sistema, existem, a princípio, duas

[527] SAMPAIO, Tania Mara Vieira. **Aids e Religião: aproximações ao tema** *in* www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp32art02.pdf, acessado em 10/12/2002.

[528] *Id.*

correntes de pensamento.

A primeira, defendida por Émile Durkeheim e Georges Dumezil, entende que a religião é a "'expressão dramática' da ideologia fundamental de cada sociedade humana".[529]

Claude Lévi-Strauss, em sentido contrário, defende que o sistema da religião é autônomo em relação ao sistema da sociedade. Lévi-Strauss valoriza "as 'regras' segundo as quais a religião é construída e, portanto, o seu caráter sistêmico".[530]

Essa classificação é pertinente para o debate sobre a utilização da religião como instrumento de poder.[531]

Classificar a religião como sistema paralelo e incomunicável com sistemas sociais, permite a formação de discursos teológicos distantes e, até mesmo, contrários às necessidades das pessoas.

Sob esse enfoque importante observar que na Idade Média predominava no cristianismo a ideia de um Deus punitivo, através da qual se propugnava pela concepção de que o pecado gerava a punição divina e, por conseguinte, a doença a um castigo divino.[532]

Dessa visão decorrem duas ideias centrais. A primeira de que a punição divina geradora do sofrimento humano permitiria a cura se houvesse arrependimento e o milagre divino.[533]

A questão crucial para o debate atual entre aids e religião - em especial o cristianismo - está na relação entre doença e pecado – na mesma perspectiva entre cura e perdão -, permanecendo no imaginário social ao longo de toda a história, em grande parte até hoje.[534]

É o que se observa, por exemplo, das teologias condenatórias sobre os comportamentos assumidos pelas pessoas homoafetivas, procurando explicar que a aids é uma punição divina a esses comportamentos, condenados pela Bíblia. Esse discurso teológico compromete "a percepção da realidade da

---

[529] ELIADE, Mircea; COULIANO, Ioan. *Dicionário das religiões*. Martins Fontes: SP, 1999, p. 19.

[530] *Id.*

[531] Adota-se a teoria de poder de Niklas Luhmann, no sentido de que o poder, enquanto meio de comunicação, é capaz de influenciar escolhas das pessoas sujeitas ao seu exercício. Assim, para Luhmann, o poder é, ainda maior, se, apesar de alternativas atrativas para ação ou inação da pessoa sujeita ao poder, ela realiza sua escolha de acordo com a comunicação do possuidor do poder (**Poder**. Universidad Ieroamericana. Anthropos Editorial; México ; Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile; Instituto de Sociologia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p. 14.

[532] SAMPAIO, Tânia, *op.cit*., p. 22.

[533] Id.

[534] Id.

doença ainda incontrolável e a propagação do HIV no cotidiano das pessoas".[535]

A visão que diversos discursos teológicos procuram dar a Deus - punitivo ou solidário - não é nova.

O exemplo bíblico provavelmente mais marcante é o de Jó.

Deus para testar a fé de Jó autoriza Satanás a lhe ferir com uma lepra maligna.[536]

A partir da visita de três amigos – Elifaz de Temã, Bildad de Chua e Sofar de Naama – inicia-se complexo diálogo, através do qual Jó diante de seu corpo doente, sofrido, desfigurado, busca discutir o sagrado decorrente das imposições da teologia oficial da época - 'Teologia da retribuição'. Jó opõe-se aos discursos de seus amigos que afirmavam que o mal impingido ao corpo de Jó decorria de um Deus supremo "distribuidor de castigos e bênçãos às pessoas, e ao povo em geral, à medida de sua fidelidade às leis".[537] Elifaz, Bilbad e Sofar, assim, estão convencidos teologicamente de que há em Jó faltas graves para que Deus o castigue, com a doença que lhe aniquila o corpo, além da perda dos bens e da família.[538]

Jó, no entanto, reafirma sua inocência, clamando por um Deus indulgente, compreensivo e bom.[539]

Embora Deus, no início, tenha livrado Jó a Satanás, ao final da conversa entre Jó e seus amigos, dirige-se a Erifaz: "Estou irritado contra ti e contra teus amigos, porque não falastes corretamente de mim, como Jó, meu servo".

O paradoxo teleológico cristão entre o Deus que pune o pecado, inclusive sobre o corpo, e o Deus que se solidariza pelos males pelo qual o corpo sofre, está no centro da discussão em torno da religião como instrumento de discriminação do trabalhador soropositivo.

A teologia, enquanto discurso humano, mostra-se importante saber que, como outros saberes humanos, é utilizado como instrumento de poder.

---

[535] SAMPAIO, Tania, *op. cit*., p. 22.

[536] Lv 2:4-6).

[537] SAMPAIO, Tânia, *op. cit*., p. 25.

[538] SAMPAIO, Tânia, *op. cit*., p. 25. Bilbad assim condena Jó: "(...) Deus não rejeita o homem íntegro, nem dá a mão aos malvados. Ele porá de novo o riso em tua boca, e em teus lábios, gritos de alegria; teus inimigos serão cobertos de vergonha a tenda dos maus desaparecerá" (Jó 8:21-22).

[539] "Deus é sábio em seu coração e poderso,
quem pode afrontá-lo impunemente?
(...)
Se eu o chamasse, e ele não me respondesse
não acreditaria que tivesse ouvido a minha voz;
(...)
Inocente! Sim, eu o sou; pouco me importa a vida, despreza a existência
Pouco importa; é por isso que eu disse
que ele faz perecer o inocente como o ímpio" (Jó 9:4, 16 e 21).

No cristianismo, ao longo da história, houve diversos discursos teológicos, sobretudo culpabilizadores do corpo doente.

Importante para essa compreensão, uma breve visão sobre o cristianismo e suas características.

2.2 Características do cristianismo

Imprescindível a análise, mesmo que superficial, das bases da doutrina cristã, no que concerne ao estudo da religião, aids e discriminação.

Jesus Cristo está no cerne da religião cristã. Profeta judeu de Nazaré na Galiléia, nasceu no início da era que leva o seu nome e crucificado, segundo a tradição, na primavera do ano de 33. Sua vida e seus ensinamentos são descritos nos Evangelhos.

O cânon cristão durou cerca de quatro séculos para ser constituído. É formado por 27 livros que representam o Novo Testamento (em oposição ao Tanakh judaico ou Antigo Testamento): "quatro Evangelhos (Marcos, Mateus, Lucas e João), os Atos dos Apóstolos (atribuídos ao redator do Evangelho segundo Lucas, que seria discípulo do Apóstolo Paulo), as epístolas dos Apóstolos (catorze atribuídas a Paula, uma a Tiago, duas a Pedro, três a João e uma a Judas) e, finalmente, o Apocalipse (Revelação) atribuído a João".[540]

Conquanto o cristianismo expressa mensagem de paz, suspeita-se que Jesus tenha mantido relações bastante próximas como os zelotes, combatentes judeus fundamentalistas que lutavam contra a ocupação romana na Palestina. Isso explica porque Jesus atraiu a hostilidade das autoridades religiosas judaicas, que mandaram prendê-lo e entregá-lo aos romanos, o que culminou com o seu julgamento e morte.

É importante salientar a importância de Paulo de Tarso no desenvolvimento do cristianismo. Por volta do ano 48, a corrente judaizante de Jerusalém continua concebendo o cristianismo como um ramo do judaísmo, exigindo a circuncisão e o respeito às prescrições normativas do Tora. Paulo de Tarso, que era cidadão romano, converte-se ao cristianismo após uma visão de Cristo ressuscitado na estrada de Damasco, e começa sua atividade missionária que consistia essencialmente na expansão do cristianismo fora do judaísmo, entre os gentios. Paulo de Tarso toma uma importante decisão de emancipar o cristianismo do judaísmo, opondo o regime da Lei à liberdade de que o cristão goza sob o regime bendito da Fé.[541]

O resultado de um processo que dura aproximadamente três séculos e meio foi a formação de duas grandes correntes existentes no interior da teologia cristão: a corrente judaica e a platonizante.

---

[540] ELIADE, M; COULIANO, I., *op. cit*, p. 101.

[541] ELIADE, M; COULIANO, I, *op. cit*., p. 105.

A importância da dialética das duas correntes principais da primeira teologia cristã, a judaizante e a platonizante, fez surgir uma cristologia "pobre" em relação a uma cristologia "rica", de origem platônica. A cristologia "pobre" remonta a Pedro e defende que Jesus Cristo nasceu homem e só passou a ser adotado como Filho de Deus quando do batismo do Jordão. Em sentido contrário, a cristologia "rica", platônica, propugna sobretudo pela divindade do Cristo. Essas controvérsias se tornaram mais acirradas quando o cristianismo, tolerado por volta do ano de 313, torna-se incentivado e adotado, sobretudo quando, no seu leito de morte, o Imperador Constantino (ano de 337) se converte. Torna-se, em decorrência, a religião de Estado (ano de 391), com a exclusão dos cultos pagãos.[542]

Outro importante momento histórico do cristianismo ocorreu com o declínio do Império romano (segunda metade do século IV). De acordo com a teoria de Agostinho, a natureza humana é fundamentalmente boa e pode praticar o bem mesmo sem o auxílio da graça. A partir da concepção de que a Igreja deve se voltar para os pecadores – e não para os santos -, Agostinho prega que todos os homens são herdeiros do pecado original e que, por conseguinte, só a graça poderá restituir-lhes a capacidade de escolher, devolver-lhes a mesma liberdade que, mal exercida, provocara a queda dos primeiros representantes da humanidade (Adão e Eva). O homem herdou o pecado original; "cada um de nós, ao vir ao mundo, só tem a liberdade de escolher o mal, mas o auxílio da graça possibilita a escolha do bem. Diante do declínio do Império Romano, Agostinho afirma, na Cidade de Deus (413-427), a total independência da Igreja em relação a qualquer sistema político". Assim, apara a teoria de Agostinho, o Império desaparecerá, enquanto a Igreja subsistirá sob seus conquistadores.[543]

Devem ser salientados os primeiros movimentos organizados da Reforma, ocorridos no século XII, que se propõem voltar à pobreza original da Igreja. Várias são as manifestações ("valdenses" de Lyon, "lolardos" em Oxford). Os reformistas rejeitam a eucaristia, o celibato dos padres e a hierarquia eclesiástica. Esses primeiros movimentos são amenizados em razão de entendimento entre as Igrejas ocidental e oriental, mas o idílio chega ao fim depois da queda de Constantinopla. No entanto, no início do século XVI, um cisma interno na Igreja, bem mais dramático separa o norte da Alemanha do resto da Europa. O monge Marinho Lutero, professor de Teologia na Universidade de Wittenberg começa defender a "inutilidade da intercessão da Igreja; a ineficácia dos sacramentos; a condição pecadora da humanidade, que torna impossível o celibato e abominável o casamento, ainda que necessário;

[542] *Id.*

[543] ELIADE, M; COULIANO, I, *op. cit*., p. 116-117.

a predestinação individual que não pode ser modificada por nenhuma obra humana; e, finalmente, da justificação unicamente pela fé, sem necessidade de boas obras . "[544] Lutero acaba transigindo com a Igreja Católica em muitos pontos, enquanto seu discípulo francês, João Calvino passa, a partir de 1541, a defender um protestantismo bem mais rígido, dogmático e sombrio. O protestantismo ganha importante adeptos, dentre os quais, os princípios particularistas da Alemanha e Suíça que não aceitam se submeter a autoridade papal. Em 1525, bandos de cavaleiros armados e camponeses incitados pelos líderes reformistas, iniciam uma guerra, condenada por Lutero e ferozmente reprimida pela Liga dos Príncipes da Reforma. De sua parte, a Igreja Católica organiza sua própria reforma (denominada Contra-Reforma), realizando um movimento interior, ao mesmo tempo em que aceita uma parte da crítica protestante (ano de 1534). Igualmente a "reforma protestante, a católica é um movimento fundamentalista, cuja moral austera e numerosas interdições (por exemplo, a de ler as obras inscritas no *Index Librorum Prohibitorum*)" marcam o advento de novos tempos.[545]

O cristianismo se expande por diversas partes do mundo, através dos jesuítas, dominicanos e franciscanos. No Brasil, um grande número de trabalhadores, submetidos a condições sub-humanas em fazendas e empreendimentos de europeus, é evangelizada e salva pelos jesuítas que acabam sendo expulsos da América Latina em 1767.

No cristianismo, o Deus único é constituído por três partes de um mesmo ser, denominadas Deus (Pai, criador de tudo), Espírito Santo (espírito que faz com que Deus esteja em todos os lugares ao mesmo tempo, onipresença), e Jesus (Cristo que viveu entre os humanos para pregar as palavras do Deus Pai, espalhando mensagens de amor e reflexão, morrendo crucificado para a salvação dos homens que a Terra habitam, recebendo os pecados destes para si, lhes proporcionando a chance de serem salvos quando de sua morte, com o arrependimento por seus pecados). Os três formam partes de um mesmo ser, onipresente, onipotente e onisciente, que é denominado Santíssima Trindade.[546]

Mesmo com tamanho poder, o Deus cristão proporciona aos humanos, o livre arbítrio, que é a condição que os humanos detêm de tomar suas próprias decisões, sejam elas quais forem.

Contudo, com a ressalva que no Juízo final, serão estas julgadas, uma a uma, pelos atos que desenvolveram na Terra, sejam estes bons ou ruins.

---

[544] Id.

[545] ELIADE, M; COULIANO, I, *op. cit.*, p. 117.

[546] Estudos Cristãos: As melhores 150 perguntas e repostas ristãs. Disponível em: http://www.nacazadooleiro.com/p/estudos-cristaos-as-melhores-150.html, acesso em 15/10/2012.

Tais atos serão analisados individualmente por Deus, que os direcionará ao Inferno (sofrimento eterno), ao Céu (o Paraíso, onde as almas dos seres humanos viverão ao lado de Deus, em condição de graça), ou ao purgatório (limbo, onde as pessoas ficarão para refletirem sobre seus atos, detendo após e que após o tempo em que Deus determinar, poderão subir ao céu).

A despeito de todos os cismas e divisões que o cristianismo sofreu ao longo de dois mil anos, percebe-se que a doutrina cristã, em sua essência, propugna pela mensagem de paz, compreensão e solidariedade. No entanto, interpretações de textos bíblicos permitem que a pregação cristã seja contaminada com discriminação em relação àqueles, cujo *corpo* foi contaminado pelo vírus da aids, pela má utilização da *carne*.

A Bíblia, enquanto um código de símbolos generalizados que guia a transmissão de escolhas dos cristãos, é a fonte de importante poder.

3 Poder na bíblia

3.1 Poder sobre o corpo e a carne

O poder não é um objeto ou uma coisa, que pode ser apropriada; trata-se, em verdade, de uma prática social que possui percurso histórico próprio. Nessa historicidade, percebe-se que o poder se exerce em níveis variados e em pontos diferentes da rede social e, nesse complexo, os micro-poderes existem integrados ou não ao Estado. Verifica-se, assim, que, a rigor, "o poder não existe; existem, sim, práticas ou relações de poder", de modo que "o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona".[547]

A microfísica do poder, para Foucault, significa a análise do espaço e do nível em que o poder é exercido. Importa, destarte, verificar "os procedimentos técnicos de poder que realizam um controle detalhado, minucioso do corpo – gestos, atitudes, comportamentos, hábitos, discursos".[548]

A Bíblia, por sua vez, comporta inúmeros símbolos que instigam os cristãos a realizar escolhas, através da experiência ou da ação. Na Bíblia se observam diversas regras escritas que norteiam as vidas de pessoas e que se caracterizam como verdadeiro código de poder. No entanto, é inegável que se pode distinguir o código de seu conteúdo. A diferenciação entre o que está escrito na Bíblia e o sentido que se dá ao texto é um dos aspectos mais importantes do exercício do poder religioso.[549]

---

[547] MACHADO, Roberto. **Por uma genealogia do poder** *in* FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 25ª ed. RJ: Edições Graal, 1979.

[548] Id.

[549] Observam Luís Felipe Rios, Richard Parker e Veriano Terto Júnior: "Da Igreja nascente aos dias

A partir dessa perspectiva, é importante observar que a teologia, "enquanto sistematização de um conhecimento sobre Deus e a experiência religiosa, está marcada por profundas questões de poder". É necessário, para o debate que envolve aids e religião, compreender como o poder foi e é utilizado pelas religiões de matriz cristã no tocante ao "imaginário culpabilizador do corpo por suas doenças".[550]

É relevante salientar que "Corpo e Espírito são temas-chave nos discursos religiosos cristãos, articulados quase sempre por uma perspectiva teleológica de 'salvação', neste ou no 'outro mundo'".[551] Verificam-se, nas diversas tradições cristãs, técnicas de poder que visam, através de ações sobre o corpo, a buscar o alcance de estados ideais de "santidades", como também "vão incidir e refletir sobre as implicações morais a propósito do que os humanos fazem com os desejos e as sensações prazerosas do baixo corporal, para si mesmos e para a obra divina".[552]

Importa notar, todavia, que em muitos momentos na Bíblia, as expressões "corpo" e "carne" são utilizadas como sinônimas ("Fugi da fornicação. Qualquer outro pecado que o homem comete é fora do corpo, mas o impuro peca contra o seu próprio corpo", Coríntios 6:18; "*Ou não sabeis que o vosso corpo é templo do Espírito Santo, que habita em vós, o qual recebestes de Deus e que, por isso mesmo, já não vos pertenceis?*", Coríntios 6:19; "*Eu sei que em mim, isto é, na minha carne, não habita o bem, porque o querer está em mim, mas não sou capaz de efetuá-lo*." Romanos 7:18).[553]

Há, no entanto passagens em que os sentidos de *corpo* e *carne* diferem na Bíblia.

Carne, em verdade, aparece em muitas passagens como sinônimo de "desejo sexual, erotismo ou sexualidade".[554]

---

atuais, o cristianismo 'cresceu e se multiplicou'. Ao longo dos séculos, disputas sobre os sentidos da letra dos primeiros apóstolos criaram fraturas, cismas, reformas e contra-reformas. E se a religiosidade, como se pensava, não foi erradicada do mundo moderno (BERGER, 1985 e 2001), podemos dizer que são 20 séculos ao longo dos quais o cristianismo influencia e é influenciado por outros modos de conduzir técnicas de poder e de si na formação e manejo de indivíduos e populações" (*op. cit*., p. 12).

[550] SAMPAIO, Tania, *op. cit*., p. 23.

[551] RIOS, Luís Felipe; PARKER, Richard; TERTO JÚNIOR, Veriano. **Sobre as inclinações carnais: inflexões do pensamento cristão sobre os desejos e as sensações prazerosas do baixo corporal**, p. 2. www.scielo.br/scielo.php?script=sci_serial&pid=0103-7331&lng=en&nrm=iso, acesso em 17/12/2012.

[552] *Id.*

[553] Biblía Sagrada. Editora Ave Maria Ltda.: SP, 1994, p. 1318.

[554] RÍOS, L.F., PARKER, R., TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 3.

Por exemplo, em Mateus (26:41) encontra-se "*Vigiai e orai, para que não entreis em tentação. O espírito está pronto, mas a carne é fraca*".[555]

Ou em Gálatas (5:19): "*Ora, as obras da carne são estas: fornicação, impureza, libertinagem*".[556]

Observa-se, dessa forma, que "enquanto o corpo parece remeter à própria condição de existência humana no mundo sendo, inclusive, em alguns momentos positivado" como templo do Espírito Santo, a *carne* que habita o mesmo *corpo*, é a atitude que pode afastar a pessoa do paraíso prometido.[557]

A ideia central, contudo, é de que o "corpo sofrido era consequência do pecado e sinal do castigo de Deus".[558]

Por outro lado, o poder que a religião, em especial o cristianismo, exerce sobre os adeptos não se manifesta apenas nos escritos, mas, também, por meio do pastorado.

3.2 O PODER DO PASTORADO SOBRE O *CORPO* DOS FIÉIS

A relação entre o pastor e cada uma das ovelhas de seu rebanho é o alicerce do poder do cristianismo.

Insista-se que poder, sob essa perspectiva, é exercido através de meios de comunicação, caracterizados por símbolos,[559] sendo que no caso do cristianismo, através de rituais.

O cristianismo instituiu intercâmbio e circulação de pecados e de méritos extremamente complexos entre cada ovelha e seu pastor.[560]

O poder do pastorado é reafirmado em diversas passagens na Bíblia, sobretudo no Antigo Testamento.

Com efeito, conforme explica Tania Sampaio, a tradição religiosa naquela época – entre séculos 4º e 2º a.C. - era dominada pelos sacerdotes e pela estrutura sacrificial do templo.

A teologia era instrumento utilizado pelas famílias sacerdotais para ocupar o espaço econômico e religioso. Através dela, os sacerdotes justificavam o sofrimento pela doença, pobreza, marginalização social, legitimando injustiças e acumulação de bens e poder através da opressão.[561]

---

[555] Bíblio Sagrada, *op. cit*., p. 1318.

[556] Bíblia Sagrada, *op. cit*., p. 1497.

[557] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 4.

[558] SAMPAIO, Tânia, *op. cit*., p. 24.

[559] LUHMANN, Niklas, *op. cit*., p. 14.

[560] *Id*.

[561] SAMPAIO, Tânia. *Op. cit*., p. 24.

> (...) Oferecer-se-ão também bolos fermentados com a oblação do sacrifício pacífico oferecido em ação de graças. Apresentar-se-á um pedaço de cada uma dessas ofertas em oblação reservada para o Senhor. Ela será para o sacerdote que tiver derramado o sangue da vítima pacífica (Lev 7.13-15).

Os sacerdotes organizavam o cotidiano "distribuindo atestados" de pureza e impureza aos corpos das pessoas, sendo que essas condições relacionavam-se às doenças, sangues e comidas ingeridas.[562]

O atestado de pureza dependia do tamanho da impureza e era proporcional a espécie e quantidade de animais ou de farinha que o impuro deveria depositar no altar. Dessa forma, os sacerdotes concediam o atestado de sanidade ao corpo que era condição única para participação na benção de Deus.[563]

O castigo de Deus era, portanto, causa de discriminação e exclusão social.

Esclarece Foucault que "Na concepção cristã, o pastor deve prestar contas – não só de cada uma das ovelhas, mas de todas as suas ações, de todo o bem ou o mal que são capazes de realizar, de tudo o que lhes acontece".[564]

Ainda segundo Foucault, o "pecado da ovelha é também imputável ao pastor", de forma que "ajudando seu rebanho a encontrar a salvação, o pastor encontrará também a sua".[565]

Forma-se, desse modo, uma complexidade de vínculos morais entre o pastor e cada membro de seu rebanho, individualmente. Esses vínculos, contudo, não se referem apenas à vida pública das pessoas, mas também o mais íntimo dos detalhes, na alma de cada um, de forma que possa conhecer seus pecados secretos, na busca do caminho da santidade.[566]

Estabelece-se entre o pastor e o membro do rebanho uma ligação permanente, caracterizada pela direção da consciência, através da qual a "ovelha não se deixará conduzir apenas no caso de precisar enfrentar algum passo perigoso; ela se deixará conduzir em cada instante".[567]

Para que isso seja possível, o cristianismo aproveita dois elementos do mundo helênico: o exame de consciência e a direção de consciência.[568]

Através do exame de consciência, procura-se prestar contas cotidianamente sobre o bem e o mal realizado com relação aos deveres. Assim,

---

[562] *Op. cit*., p. 23.

[563] SAMPAIO, Tania, *op. cit*., p. 24.

[564] *Apud* RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., op. cit., p. 5.

[565] *Id.*

[566] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 4.

[567] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 4.

[568] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 4.

se podia avaliar a evolução em direção a perfeição, ou seja, o domínio de si e o controle que se possuía as próprias paixões, sobretudo materiais e carnais. Para o pastorado cristão, destarte, através do exame de consciência, a pessoa abria-se inteiramente ao pastor, revelando-lhe as profundezas de sua alma.[569]

A direção de consciência materializava-se através de conselhos dados – e às vezes retribuídos -, em circunstâncias particularmente difíceis, seja em momentos de aflição, seja quando a pessoa era gracejada com alguma vantagem. Por intermédio da direção de consciência, formava-se uma ligação permanente entre o seguidor e o pastor, de forma que se a pessoa necessitasse enfrentar alguma situação perigosa, seguiria cegamente a condução de seu orientador.[570]

Esclarece Foucault que a ampla e irrestrita confissão do seguidor ao pastor estabelece entre ambos uma relação de tal forma complexa que permite a sujeição total do primeiro em relação ao segundo. Essa sujeição acarretará, primeiro, que o seguidor compreenda suas aflições e, segundo, a obediência total ao pastor.[571]

Nesse particular, é relevante observar a técnica da confissão está propagada em toda Bíblia, tanto no Antigo, quanto no Novo Testamento:

> Quem esconde os seus pecados não prospera, mas quem os confessa e os abandona encontra misericórdia (Provérbios 28:13).
>
> Se você confessar com a sua boca que Jesus é Senhor e crer em seu coração que Deus o ressuscitou dentre os mortos, será salvo (Romanos 10:9).
>
> E saíam para ir ter com ele toda a Judéia, toda Jerusalém, e eram batizados por ele no rio Jordão, confessando os seus pecados (Marcos 1:5).
>
> Se confessarmos os nossos pecados, ele é fiel e justo para perdoar os nossos pecados e nos purificar de toda injustiça (1 João 1:9)

O poder que o pastor exerce sobre o fiel a partir dessa cadeia complexa hierarquizada é espaço para se transmitirem valores que podem ser humanistas e inclusivos, mas, também, discriminadores, sobretudo de minorias identificadas historicamente.

---

[569] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 4.

[570] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p. 4.

[571] RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V., *op. cit*., p 4

4 Discriminação, sexualidade e religião: reflexos do cristianismo no tratamento do trabalhador soropositivo

4.1 Discriminação, sexualidade e pecado

Antes de promover a conceituação de discriminação, necessário se faz compreender o que a diferencia de estigma e preconceito.

Estigma é uma forma de rótulo atribuído a pessoas e grupos , seja por pertencerem a determinada classe social, por sua identidade de gênero, por sua cor, raça ou etnia. Tem-se como exemplo: o trabalhador acidentado ou doente de hanseníase ou alcoólatra.[572]

Já no preconceito existe uma ideia pré-concebida, uma atitude negativa a determinada pessoa ou grupos sociais de forma generalizada. Nesse caso, pode-se exemplificar com pessoas portadoras de doenças mentais ou físicas. Existe um preconceito de que não poderiam trabalhar em determinada profissão.[573]

Por fim, no que concerne à discriminação, entende-se como tratamento diferenciado de pessoas que mereceriam tratamento igual, ou a exclusão de determinada pessoa ou grupo social a partir de um contexto de igualdade.[574]

Nos dizeres da doutrinadora Flávia Piovesan, discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou e qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre tratar iguais de forma desigual.[575]

A Bíblia é repleta de exemplos de discriminação, sobretudo de pessoas que tiveram seus corpos flagelados por doenças ou em relação ao gênero.

No Antigo Testamento, a mulher era impura, durante sete dias, quando tivesse seu fluxo de sangue, sendo proibido ser tocada, sob pena de sua impureza contaminar a outra pessoa.(Lv 15:19).

Em relação a doenças, a discriminação era ainda maior:

> Todo homem atingido pela lepra terá suas vestes rasgadas e a cabeça descoberta. Cobrirá a barba e clamará: Impuro! Impuro! Enquanto durar o seu mal, ele será impuro. É impuro; habitará só, e a sua habitação será fora do acampamento (Lev 13. 45-46).

---

572 BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos. Lumen Juris: RJ, 2008, p. 24.

573 Id.

574 BACILA, *op. cit*., p. 24.

575 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, Prefácio de Fábio Konder Comparato, 2ª Ed., Editora Max Limonad. 2003, 191-203.

A questão da sexualidade está visceralmente ligada ao corpo.

No Antigo Testamento, "o corpo das pessoas era impuro por todos os líquidos que saíam e entravam nele (a menstruação, o sangue pós-parto, o sêmen, determinadas comidas, as doenças, etc.)".[576]

No período anterior a Cristo, os sistemas político e econômico são organizados pelos sacerdotes que legitimam as ações discriminatórias da elite e dos impérios. A teologia, explica Tânia Sampaio, "estava marcada pelos códigos de pureza e impureza ritual os quais controlavam o corpo em sua sexualidade, em sua classe social, em sua etnia, em seu gênero, em suas doenças". [577] De acordo com Sampaio, "O sistema não era meramente religioso, mas econômico", sendo que "sacrifícios precisavam ser pagos para devolver ao corpo sua condição de pureza (e proximidade de Deus)".[578]

A partir da reforma protestante alteram-se os requisitos para se alcançar o outro mundo: "eliminação da magia como meio de salvação; supressão das 'mortificações corporais', que dará lugar a ascese via o trabalho neste mundo; permissão do acúmulo, ainda que austero, de bens, enquanto demonstração de fruição da graça". Essa revolução simbólica estabelece as estruturas do desenvolvimento do racionalismo burguês, abrindo-se o "caminho para uma perspectiva secular de estar no mundo, para a emergência de um Estado laico dissociado da magia e religião – ao menos pretensamente".[579]

A Bíblia, contudo, também possui diversas passagens contrárias a discriminação. É o que se observa, por exemplo, em Mateus:

> "Amarás o próximo como a ti mesmo" (22; 39);
>
> "Toda amargura, ira, indignação, gritaria e calúnia sejam desterradas do meio de vós, bem como toda malícia. Antes, sede uns com os outros bondosos e compassivos. Perdoai-vos uns aos outros, como também Deus vos perdoou, em Cristo" (Efésios, 4:31-32).

A passagem da mulher adúltera é um dos melhores exemplos da mensagem da não discriminação da teologia cristã, quando Jesus ao ser defrontado por um grupo de homens que pretendia apedrejar mulher adúltera diz:

---

[576] SAMPAIO, Tânia, *op. cit*., p. 28.

[577] SAMPAIO, Tânia, *op. cit*., p. 28.

[578] Id.

[579] WEBER, Max *apud* RIOS, L.F.; PARKER, R.; TERTO JÚNIOR, V. *op. cit*., p. 15.

> "Quem de vós estiver sem pecado, seja o primeiro a lhe atirar uma pedra" (...) A essas palavras sentindo-se acusados pela sua própria consciência, eles se foram retirando um por um, até o último, a começar pelos mais idosos, de sorte que Jesus ficou sozinho, com a mulher diante dele" (João 8:3-5).

As escrituras bíblicas, todavia, são uníssonas no sentido de dar tratamento discriminatório aos homoafetivos.

4.2 Homoafetividade na bíblia

As relações sexuais e/ou afetivas entre pessoas do mesmo sexo já foram vistas como pecado (sodomia) e como doença (homossexualismo).

A homossexualidade sempre foi condenada na Bíblia, com severas punições àqueles a realizassem.

> **Q**ue diz a Bíblia sobre a homossexualidade? A Bíblia diz em Romanos 1:26-27 "Pelo que Deus os entregou a paixões infames. Porque até as suas mulheres mudaram o uso natural no que é contrário à natureza; semelhantemente, também os varões, deixando o uso natural da mulher, se inflamaram em sua sensualidade uns para como os outros, varão com varão, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a devida recompensa do seu erro." É a homossexualidade um pecado? A Bíblia diz em Levítico 18:22 "Não te deitarás com varão, como se fosse mulher; é abominação." Pode uma pessoa que pratica a homossexualidade ir para o céu? A Bíblia diz em 1 Coríntios 6:9 "Não sabeis que os injustos não herdarão o reino de Deus? Não vos enganeis: nem os devassos, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os efeminados, nem os sodomitas." Como todos os pecadores, aqueles que praticam a homossexualidade devem se arrepender. A Bíblia diz em 1 Timóteo 1:10-11 "Para os devassos, os sodomitas, os roubadores de homens, os mentirosos, os perjuros, e para tudo que for contrário à sã doutrina, segundo o evangelho da glória do Deus bendito, que me foi confiado." Segundo, pedir que o seu pecado seja perdoado. Deus diz que pode começar uma vida nova. A Bíblia diz em Salmos 51:7-12 "Purifica-me com hissopo, e ficarei limpo; lava-me, e ficarei mais alvo do que a neve. Faze-me ouvir júbilo e alegria, para que se regozijem os ossos que esmagaste. Esconde o teu rosto dos meus pecados, e apaga todas as minhas iniqüidades. Cria em mim, ó Deus, um coração puro, e renova em mim um espírito estável. Não me lances fora da

> tua presença, e não retire de mim o teu santo Espírito. Restitui-me a alegria da tua salvação, e sustém-me com um espírito voluntário." Terceiro, acreditar que Deus lhe perdoou deveras e parar de se sentir culpado. A Bíblia diz em Salmos 32:1-6 "Bem-aventurado aquele cuja transgressão é perdoada, e cujo pecado é coberto. Bem-aventurado o homem a quem o Senhor não atribui a iniqüidade, e em cujo espírito não há dolo. Enquanto guardei silêncio, consumiram-se os meus ossos pelo meu bramido durante o dia todo. Porque de dia e de noite a tua mão pesava sobre mim; o meu humor se tornou em sequidão de estio. Confessei-te o meu pecado, e a minha iniqüidade não encobri. Disse eu: Confessarei ao Senhor as minhas transgressões; e tu perdoaste a culpa do meu pecado. Pelo que todo aquele é piedoso ore a ti, a tempo de te poder achar; no trasbordar de muitas águas, estas e ele não chegarão."

Hoje recebem o nome de homossexualidade, que é considerada ao lado da heterossexualidade e da bissexualidade um dos estados da sexualidade humana.

Insta lembrar também o quanto a interpretação no que concerne à forma de tratar determinadas pessoas é distorcida no decorrer dos tempos, principalmente, ao julgarem as pessoas que optam por uma orientação sexual diferente.

Observa-se, neste diapasão, que a homossexualidade impreterivelmente deixou de ser doença, pela Classificação Internacional de Doenças (CID), da Organização Mundial de Saúde, a qual excluiu, após aproximadamente 20 anos, o homossexualismo no seu quadro de doenças.[580]

No entanto, o que se tem verificado, é que, em determinadas famílias, os próprios pais tem considerado seus filhos doentes, quando estes optam pela homossexualidade, levando-os ao médico psiquiatra, por acreditarem piamente que encontram-se doentes ou que pode , situação esta, que deixa os profissionais da área, confusos, por não se tratar, de forma alguma, de uma anomalia.

Essa atitude revela também a descrença na Igreja que, ao invés de lutar pela diminuição da intolerância, prega o preconceito para com os homossexuais, afirmando, na maioria das vezes, contra os estudos científicos, que a homossexualidade é uma doença que deve ser curada, quando na verdade, sabe-se que a homossexualidade não é uma característica

[580] Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/4420/a-igreja-catolica-e-os-homossexuais. Acesso em 13.06.2012.

exclusiva da espécie humana, estando presente também entre os animais.

Segundo o cientista inglês George V. Hamilton, a homossexualidade está presente não só entre os primatas, mas também em inúmeros animais mamíferos.[581]

Dessa forma, insta lembrar que os transtornos dos homossexuais realmente decorrem muito mais de sua discriminação e repressão social derivados do preconceito do seu desvio sexual, tendo vista que, desde 1991, a Anistia Internacional considera violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade.

Vale ressaltar que, a homossexualidade só deixou de ser considerada uma doença quando em 1993 a Organização Mundial de Saúde a retirou do seu rol de doenças mentais.

Em 1999 o Conselho Federal de Psicologia editou a resolução CFP 001/99, na qual declarava que a homossexualidade não constituía doença.

Além de proibir que psicólogos propusessem a cura para a homossexualidade, a resolução também estabelece normas para a atuação de psicólogos em relação aos homossexuais. No ano de 2003, o presidente do Conselho Federal de Psicologia, Odair Furtado, reiterou as proibições da resolução CFP 001/99 em decorrência do alto número de psicólogos propondo a cura de homossexuais.

Infelizmente, nota-se que até hoje a homossexualidade é considerada pecado por várias religiões e ainda existem psicólogos e psiquiatras que prometem a cura para a homossexualidade.

Historicamente o homossexual é visto como um pecador-criminoso-doente e é rotulado assim, bem como tratado como um inimigo, como um ser inferior.

Outro ponto a destacar é em relação a discussão no que tange ao combate a Homofobia, em que tenta-se de alguma forma disseminar de maneira positiva, seja através de propagandas, seja através de cartilhas.

Tem-se como exemplo a cartilha indicada pelo Secretário Especial de Direitos Humanos, Nilmário Miranda, intitulada como "*Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB*[582] *(Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais "Brasil sem Homofobia",* sendo esta uma das bases fundamentais para ampliação e fortalecimento do exercício da cidadania no Brasil".

---

[581] JUNIOR. Enéas Castilho Chiarini . A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/4902/a-uniao-homoafetiva-sob-o-enfoque-dos-direitos-humanos#ixzz204FUQp20. Acesso em 07.07.2012.

[582] CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília : Ministério da Saúde, 2004.

Segundo alguns estudiosos, ainda hoje, as religiões abraâmicas – cristianismo, judaísmo e islamismo – são responsáveis pelo sofrimento e pelos conflitos que desgraçam a vida de milhões de pessoas em função da doutrinação de crianças emocionalmente vulneráveis segundo preceitos que as levarão à auto-rejeição, ao desamparo emocional e à discriminação social quando atingirem a adolescência e descobrirem que a orientação sexual com que nasceram é aquela a que foram ensinadas a repudiar como suja, degenerada e abominável.[583]

Por outro lado, receberam anos de ensinamentos que os levaram a interiorizar a fé cristã/judaica/muçulmana. Não possuem outra alternativa, aquela fé faz parte de todo o seu ser. Se esta Fé for removida, um imenso e doloroso vazio surge.

Neste sentido, depara-se com uma questão, qual seja: do que faz um ser humano deparar-se com um conflito desta magnitude? E a resposta não pode ser outra senão a tentativa de superar o conflito compatibilizando o que acredita e o que sente, tendo em vista que, ninguém em sã consciência deseja perder nem a aceitação de sua comunidade nem a possibilidade de ser feliz segundo sua própria natureza.

A partir daí começam as procuras, as tentativas de encontrar brechas na Bíblia, no Talmude e no Corão que permitam uma interpretação diferente daquelas que são tradicionais – e estas tentativas sempre resultam produtivas, pois todos estes livros sagrados são escritos em linguagem que permite diversas interpretações.

É também neste momento é que se iniciam os debates, as repreensões pelo afastamento da ortodoxia e a sensação de que existe algo errado na comunidade, pois o texto sagrado diz que deve haver amor, compaixão e tolerância, mas a comunidade age com ódio, insensibilidade e intolerância contra quem nada fez de mal.

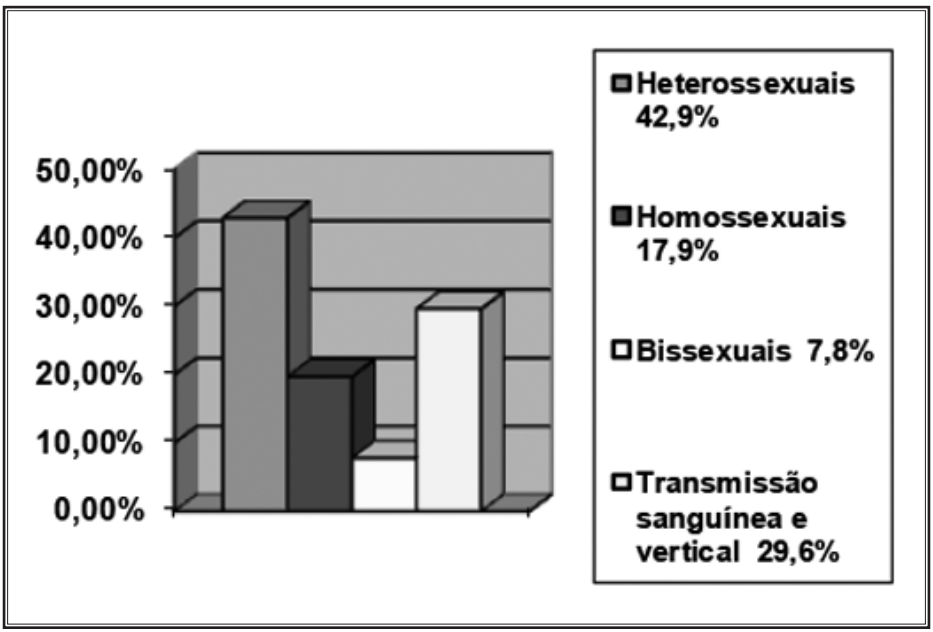
Não é a religião que formam os religiosos. A religião é utilizada para fundamentar atitudes discriminatórias e preconceituosas.

4.3 Homoafetividade, AIDS e pecado

Contempla-se a seguir pelo gráfico, a real situação dos homossexuais em relação à errônea interpretação destes no que tange à doenças, como HIV, onde, devido ao puto preconceito, são erroneamente rotulados como a maior parte de portadores de HIV[584]:

[583] Disponível em: http://arthur.bio.br/2009/08/21/religiao/cristianismo-judaismo-islamismo-e-homossexualidade.

[584] Dados do Boletim Epidemiológico AIDS 2010.



Insta esclarecer, neste compasso, que não existe contágio de HIV entre mulheres porque não há penetração, bem como, que há baixa incidência de contágio entre homossexuais porque, geralmente, são mais cuidadosos em relação à sua saúde, frequentam mais o médico e assim por diante.

Nota-se, pelo quadro elencado acima que o homossexual está bem abaixo da média apresentada para os portadores de HIV, que são os heterossexuais os mais afetados pelo vírus HIV, em especial as mulheres, o que coloca novamente o grupo de homossexuais como sendo apenas discriminados.

Ademais, são interpretados, sem nenhuma comprovação científica, como sendo "anormais" ou "doentes", e sempre rotulados como tais.

Quanto à legislação para o combate à condutas discriminatórias, ressalta-se que a nossa Carta Magna adotou postura protetiva neste sentido, em seu art. 7, inciso XXX, quando dispõe expressamente "*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil"*.

Outrossim, nunca é demais esclarecer que a Lei n. 9.799/99 veda a utilização de referências ou critérios fundados em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado, dentre outros, para fins de anúncios de emprego, de critérios de admissão, remuneração, promoção ou dispensa para ofertas de vagas de formação e aperfeiçoamento profissional e situações trabalhistas congêneres, acentuando todos os esforços desenvolvidos há mais de dez anos pela atual Constituição.

Por fim, é de suma importância, mencionar que, toda vez em que um anúncio de emprego estabelece uma distinção baseada em critério vedados pelo direito, quais sejam: raça, cor, sexo, idade, convicção ideológica, etc, cria-se uma presunção de publicidade discriminatória, cabendo a quem produziu ou reproduziu a peça provar que a distinção se justificou por algum aspecto legal e legislativo, sob pena de responsabilização pelo ato.

Contudo, em razão disso, cabe aos órgãos de imprensa recusar a divulgação de anúncios discriminatórios e incumbe ao Ministério Público do Trabalho guardar e levar adiante as denuncias de atos discriminatórios quanto à inserção no mercado de trabalho.

O amparo legal que impõe este tipo de discriminação está na Lei 9029/95, da qual busca a pertinente proibição da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso de emprego, ou sua manutenção, pelos motivos elencados anteriormente.

Além disso, mencionada Lei veda que empregadores adotem condutas discriminatórias como, por exemplo, a exigência de declarações, exames e medidas congêneres, que visam averiguar se o empregado encontra-se adoecido, sendo de suma importância em relação aos homossexuais.

Vislumbram-se, nesse sentido, diversas notícias sobre o polêmico tema, reiterando, desta forma, que ainda hoje, convivemos com a discriminação aos homoafetivos, de forma exacerbada, a título exemplificativo, tem-se a Lei 7.716/89, conhecida como Lei do Racismo, aprovada recentemente pelo Senado, tendo ainda que ser votado pelo Congresso, mas já configurado um grande progresso para a classe[585].

Outro exemplo a ser elucidado, inclusive como destaque, é em relação ao desconforto dos trabalhadores ao se virem no direito de se abrirem no que tange à sua opção sexual no ambiente laboral.

Prova disso é a recente entrevista redigida pelo jornal Gazeta do Povo, de grande circulação no Estado do Paraná, intitulada "Sair do armário estraga a carreira"[586], onde ficou registrado que ainda hoje há grande intolerância por parte dos empregadores aos adeptos à homossexualidade, mesmo com um pequeno aumento no número de empresas preocupadas em criar ambientes de trabalho mais favoráveis aos homossexuais, com a promoção de políticas para incentivar a diversidade, como a extensão de benefícios a parceiros, pesquisas

[585] *Disponível em: http://nota-dez.jusbrasil.com.br/noticias/3132873/sfed-discriminacao-contra-genero-opcao-sexual-e-procedencia-regional-poderao-fazer-parte-do-codigo-penal. Extraído de: Associação do Ministério Público de Minas Gerais - 29 de Maio de 2012. Fonte.Senado federal.*
Extraído de: Nota Dez - 28 de Maio de 2012. Acesso em 03.06.2012.

[586] Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/posgraduacao/conteudo.phtml?id=1225862&ch=. GAZETA DO POVO. Acesso em 13.06.2012.

são ambíguas em apontar o impacto de ser honesto em relação à orientação sexual nas pretensões profissionais.

Nesse mesmo jornal, pode-se citar o levantamento feito no site de vagas Trabalhando.com, feito com 400 profissionais brasileiros da área de recursos humanos, o qual demonstra que 38% dizem que a empresa em que trabalha tem restrições veladas na hora de contratar um homossexual. Apenas 3% afirmam que a orientação sexual não provoca nenhum tipo de problema no trabalho(...)[587]

Nunca é demais relembrar que existem empresas que adotam políticas contra o preconceito, estas, por sua vez, declaram que, ao tomarem medidas eficazes voltadas para funcionários homossexuais estão direcionando práticas direcionadas aos valores da empresa, estendendo, por exemplo, os benefícios do plano de saúde e odontológicos aos companheiros(as) desta classe, afirmam que buscam aprimorar a diversidade no ambiente corporativo que resulta em motivação e , por consequência em melhor rendimento no ambiente corporativo[588].

Desta entrevista, direcionada às empresas nos anos 2000 a 2011 constatou-se que o número de empresas que adotaram algum tipo de política ligada à diversidade sexual aumentou de 50% para 85% entre as companhias que constam na lista da Fortune 500, ranking das maiores empresas dos Estados Unidos, foi então que a empresa relacionada acima também criou grupos para debater o conflito de gerações e a inclusão de mulheres e deficientes e estendeu estes benefícios às filiais brasileiras.[589]

Por último, ainda a título exemplificativo, no quesito discriminação à homossexuais, importa direcionar o assunto a uma Lei vista por uma maioria esmagadora de pessoas como sendo auto discriminatória, pois proíbe a prática de doação de sangue por homossexuais masculinos, esta atitude é, sem sombra de dúvidas preconceituosa e discriminatória.[590]

---

[587] Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/posgraduacao/conteudo.phtml?id=1225862&ch=. GAZETA DO POVO. Acesso em 13.06.2012.

[588] Dell adotou políticas contra o preconceito. (...) De acordo com Paulo Amorim, diretor de recursos humanos da Dell, a iniciativa é uma forma de comunicar aos funcionários, na prática, os valores da empresa (...) "Uma empresa é formada por pessoas e, portanto, por definição, é um ambiente diverso. O que fizemos foi criar canais para sustentar essa diversidade"(...)"Quando um funcionário sente que pode ser ele mesmo dentro da empresa, com certeza ele trabalha mais motivado. Se ele se sente respeitado e motivado, o bom resultado é uma consequência". (Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/posgraduacao/conteudo.phtml?id=1225862&ch=. GAZETA DO POVO. Acesso em 13.06.2012).

[589] Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/posgraduacao/conteudo.phtml?id=1225862&ch=. GAZETA DO POVO. Acesso em 13.06.2012.

[590] Hospitais rejeitam o sangue de homossexual - O sangue do homossexual masculino não serve para doação, mesmo que a pessoa tenha união estável e use preservativos em relações sexuais. A

Por derradeiro, interessa ainda mencionar o posicionamento jurisprudencial pátrio, o qual tem sido relevante para a proteção do trabalhador que opta por revelar sua homossexualidade.

De todo entendimento, constata-se que, não basta ter a liberdade de opção sexual formalmente garantida, é preciso igualdade de direitos materialmente estabelecida.

Portanto, demonstra-se que é inconstitucional e antijurídica qualquer discriminação à pessoa do homossexual, decorrente de sua opção sexual, eis que qualquer modalidade discriminatória ofende profundamente sua honra subjetiva enquanto indivíduo livre, em especial, quanto à opção sexual[591].

Nesse mesmo entendimento tem se manifestado outros Tribunais, os quais vedam expressamente discriminações decorrente única e exclusivamente pela opção sexual[592], o uso de expressão homofóbica no ambiente de trabalho,

---

proibição é do Ministério da Saúde, que considera inapto "homens que fazem sexo com homens" pelo período de 12 meses . Não há restrições para homossexuais femininas nem para heterossexuais que não mantenham relacionamento fixo.(...) A Anvisa informou que, em dezembro, a RDC nº 153 foi revogada e em seu lugar foi publicada a RDC nº 57/2010, que usa termos politicamente corretos, mesmo assim proíbe a prática de doação de sangue para homossexual masculino(...) Ativista diz que governo atua com hipocrisia - O presidente de honra da ONG ABCDS (Ação Brotar pela Cidadania e Diversidade Sexual), Marcelo Gil, se mostrou revoltado com a situação relatada pelo Diário. "Esse é um dos grande absurdos do governo brasileiro, que age com tremenda hipocrisia", afirmou.(...). "Está para nascer alguém que vá entender isso e respeitar os direitos dos homossexuais. Não acredito em alteração desse cenário. Nós estamos sendo sufocados por todos os lados. Isso é muito triste". Disponível em: http://www.dgabc.com.br/canais/mobile/Noticia.aspx?idNoticia=5885567 acesso em 27.02.2012. Evaldo Novelini e Sérgio Vieira. 13/05/2011 às 7:01.

591 DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA LIBERDADE (SEXUAL). A vedação à discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho fundamenta-se na ordem constitucional que, além de erigir a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), impõe como objetivo primeiro a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). A teor do art. 5º da Constituição Federal, que inicia o título II referente aos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, demonstrando claramente a repulsa à prática de atos discriminatórios pelo constituinte originário. Garantiu-se, ainda, no inciso V, "o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Também se previu no inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação".)(...). TRT/PR.9ª Região. Recurso Ordinário n. 06952-2009-872-09-00-3-ACO-25680-2011 – 1ª. Turma. Relator: Ubirajara Carlos Mendes.Publicado no DEJT em 01-07-2011.

592 DANO MORAL. EMPREGADO SUBMETIDO A CONSTRANGIMENTOS E AGRESSÃO FÍSICA, EM DECORRÊNCIA DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL, PRATICADOS POR EMPREGADOS OUTROS NO AMBIENTE DE TRABALHO E COM A CIÊNCIA DA GERÊNCIA DA EMPRESA DEMANDADA. IMPUTABILIDADE DE CULPA AO EMPREGADOR.(TRT/10.

antes , durante e após o labor[593], bem como, pela dispensa discriminatória do trabalhador[594].

Em virtude dessas considerações, conclui-se que é de primordial importância destacar o quanto os Tribunais tem direcionado seu entendimento anti-discriminatório no sentido de proporcionar maior segurança aos homossexuais, tendo em vista o respeito à dignidade destas pessoas, num Estado Democrático de Direito e laico, como é o Brasil..

Demonstra-se assim que, é possível respeitar os valores fundamentais dos direitos humanos em prol da dignidade da pessoa humana, independente de raça/cor/etnia. Lembrando que, desde 1991, a Anistia Internacional considera violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade condenando a homofobia.

É importante, acima de quaisquer julgamentos puramente humanos e falhos, voltar-se para os grandes princípios Jesus Cristo: Amar a Deus sobre todas as coisas; ama teu próximo como a ti mesmo; não julgueis para não serdes julgados.

Registre-se também que todas as religiões , em especial as mencionadas acima, apesar de considerem o homossexualismo uma ameaça à instituição da família, que constitui um dos principais alicerces da continuidade humana, respeitam, em sua maioria, a homossexualidade.

Qualquer pessoa que fala ou lê em mais de uma língua sabe que traduzir requer interpretação e julgamento pessoal. Mesmo com as melhores intenções, tradutores e copistas podem cometer erros.

Percebe-se pelo exposto que não é a religião que incentiva a discriminação, são as pessoas que a usam para fundamentá-la segundo os valores próprios.

Recurso Ordinário. N. 919200200510000 DF 00919-2002-005-10-00-0 , Relator: Juiz Paulo Henrique Blair, Data de Julgamento: 07/05/2003, 3ª Turma, Data de Publicação: 23/05/2003.

593 DANO MORAL. TRATAMENTO AGRESSIVO. USO DE EXPRESSAO HOMOFÓBICA. INDENIZAÇAO DEVIDA. (TRT/2ª Região.Recurso Ordinário n. 1776200806902002 SP 01776-2008-069-02-00-2, Relator: Ricardo Artur Costa E Trigueiros, Data de Julgamento: 31/03/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2009).

594 OPÇAO SEXUAL. DEMISSAO. DANO MORAL CONFIGURADO(TRT/2ª Região. Recurso ordinário n.742200201902009 SP 00742-2002-019-02-00-9, Relator: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 04/10/2005, 6ª Turma, Data de Publicação: 14/10/2005).
Nascimento, Amauri Mascaro . Curso de Direito do Trabalho, p. 405, Discriminação no Trabalho, p.123. RODRIGUES, Américo Plá, Princípios do Direito do Trabalho, 2000.

4.2 AIDS E SOLIDARIEDADE

CONCLUSÃO

Todas as religiões estudadas possuem mensagens de amor, paz e tolerância em relação ao próximo.

No entanto, as religiões são sistemas construídos ao longo de séculos, construídos a partir de doutrinas e teorias, que objetivavam atender a circunstâncias históricas. A religião, portanto, não possui uma única história.

Assim, não existe uma única concepção de religião, nem, tampouco, de Cristianismo, Judaísmo e Islamismo.

Conquanto as religiões preguem amor, paz e tolerância, não conseguem afastar interpretações discriminatórias e preconceituosas, feitas a partir da leitura descontextualizada de seus textos.

Paradoxalmente, essas interpretações acabam por alimentar ódio, guerra e intolerância.

O homossexual, em um primeiro momento, e, em seguida, o soropositivo, são vítimas dessas interpretações que mesmo que não sejam autorizadas pelos representantes oficiais das religiões, são, amplamente, difundidas entre os seguidores.

Referências

_____http://arthur.bio.br/2009/08/21/religiao/cristianismo-judaismo-islamismo-e-homossexualidade.

_____http://www.gazetadopovo.com.br/posgraduacao/conteudo.phtml?id=1225862&ch=. GAZETA DO POVO. Acesso em 13.06.2012.

_____http://www.dgabc.com.br/canais/mobile/Noticia.aspx?idNoticia=5885567 acesso em 27.02.2012. Evaldo Novelini e Sérgio Vieira. 13/05/2011 às 7:01.

_____TRT/PR.9ª Região. Recurso Ordinário n. 06952-2009-872-09-00-3-ACO-25680-2011 – 1ª. Turma. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DEJT em 01-07-2011.

_____TRT/10. Recurso Ordinário. N. 919200200510000 DF 00919-2002-005-10-00-0 , Relator: Juiz Paulo Henrique Blair, Data de Julgamento: 07/05/2003, 3ª Turma, Data de Publicação: 23/05/2003.

_____TRT/2ª Região.Recurso Ordinário n. 1776200806902002 SP 01776-2008-069-02-00-2, Relator: Ricardo Artur Costa E Trigueiros, Data de Julgamento: 31/03/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2009.

_____http://jus.uol.com.br/revista/texto/4420/a-igreja-catolica-e-os-homossexuais. Acesso em 13.06.2012.

_____JUNIOR. Enéas Castilho Chiarini . A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/4902/a-uniao-homoafetiva-sob-o-enfoque-dos-direitos-humanos#ixzz204FUQp20. Acesso em 07.07.2012.

_____TRT/2ª Região. Recurso ordinário n.742200201902009 SP 00742-2002-019-02-00-9, Relator: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 04/10/2005, 6ª Turma, Data de Publicação: 14/10/2005).

_____ http://www.gazetadopovo.com.br/posgraduacao/conteudo.phtml?id=1225862&ch=. GAZETA DO POVO. Acesso em 13.06.2012.

_____http://www.dgabc.com.br/canais/mobile/Noticia.aspx?idNoticia=5885567 acesso em 27.02.2012. Evaldo Novelini e Sérgio Vieira. 13/05/2011 às 7:01.

_____http://arthur.bio.br/2009/08/21/religiao/cristianismo-judaismo-islamismo-e-homossexualidade., Acesso em 13.06.2012.

_____ http://br.noticias.yahoo.com/jovem-%C3%A9-espancado-minas-ser-homossexual-131500072.html , acesso em: 08.09.2011.

SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional positivo, Editora Malheiros. 10ª Ed. , 1994. pg. 218.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília : Ministério da Saúde, 2004.

SILVA, Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. As Discriminações na Relação de Emprego e a Proteção Jurídica do Mercado de Trabalho da Mulher e do Portador do Vírus HIV. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-2007. p. 467/475.

PIOVESAN, Flávia, Temas de Direitos Humanos - Implementação do direito à igualdade-capítulo 7, Prefácio de Fábio Konder Comparato, 2ª Ed., Editora Max Limonad. 2003.